

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Bedenkingen rond Software contracten

De Lhoneux, Denis; Pouillet, Yves

Published in:
Notariaat en informatica

Publication date:
1986

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Lhoneux, D & Pouillet, Y 1986, Bedenkingen rond Software contracten. in *Notariaat en informatica: Notariële dagen van Tournai 26 en 27 september 1985*. Duculot, Gembloux, pp. 174-213.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Bedenkingen rond software contracten

D. de LHONEUX

*Advokaat, Bruxelles
Assistent bij het Centre
de Recherches Informatique
et Droit van de Facultés
Universitaires van Namur*

Y. POULLET

*Docent bij de Faculté
de Droit van Namur,
Directeur van het Centre
de Recherches Informatique
et Droit van de Facultés
Universitaires van Namur*

1. De computerisering van de ondernemingen en zelfs van de notariële studies is een noodzaak geworden die door heel wat verantwoordelijken met angst tegemoet wordt gezien.

De complexe werking van de nieuwe technologie en ook de diepgaande organisatorische wijzigingen die de inplanting ervan meebrengt kunnen een verklaring bieden voor de terughoudendheid van een aantal personen.

Naast de moeilijkheid voor de gebruiker om zijn probleem juist te omschrijven, is er ook het feit dat de computerisering een nog jonge wetenschap is en dat de regels van de kunst, waarmee we op andere gebieden zo vertrouwd zijn geraakt, ter zake nog ontbreken. Tegenover de geheimen van de computer en van de programmatie staat het onbehagen van de contracterende partijen wanneer de voorwaarden tot het welslagen van het informatica-project in clausules moet worden gegoten. De lectuur van de standaard-contracten blijft erg moeilijk en er zijn tal van clausules die de leverancier van zijn aansprakelijkheid moeten ontslaan.

Het is uiteraard niet de bedoeling om in onderhavige analyse alle onduidelijkheden die te maken hebben met het welslagen van een informatica-project te verhelderen. Het is evenmin onze bedoeling een modelcontract voor te stellen, omdat de toestanden zo verschillend kunnen zijn en omdat het belangrijk is rekening te houden met de eigenheid van elke op computerisering gerichte operatie bij het opstellen van de contracten.

2. Wij willen de lezer een aantal bedenkingen voorleggen :

In een eerste stadium analyseren we de voornaamste factoren die aan de oorsprong liggen van het ingewikkeldkarakter van software-contracten : de techniek enerzijds (Hoofdstuk I) en de veelzijdigheid van de prestaties, anderzijds (Hoofdstuk II).

In een tweede stadium volgt een meer juridische analyse. Aan elk van de etappes van het computerizeringsproces beantwoorden een groot aantal oplossingen die van juridisch standpunt uit gezien verschillend zijn. In de periode die aan de beslissing tot computerisering voorafgaat (Hoofdst. III), is het mogelijk dat er geen overeenkomst bestaat, maar de gebruiker kan wel het advies inroepen van een deskundige.

Computerisering kan gepaard gaan met de aanschaffing van een package (Hoofdstuk IV) en/of met de uitwerking van een aantal programma's op maat gemaakt (Hoofdstuk V). Voor elk van deze oplossingen krijgen we een verschillend contract.

De software follow-up ten slotte (Hoofdstuk VI), die, zoals bewezen in recente onderzoeken, een cruciale schakel vormt, zal het onderwerp zijn van één of verschillende contracten met verschillende clausules.

Hoofdstuk I

HET TECHNISCH KADER

Sectie I

Hard- en Software

3. Het welslagen van een computerizeringsproject is afhankelijk van technische en andere factoren (menselijke factoren, de reeds bestaande infrastructuur van het kantoor, etc.¹ maar toch zijn het deze laatste factoren die voor een leek in computers het moeilijkst te begrijpen zijn.

Deze factoren worden traditiegetrouw in twee categorieën onderverdeeld. De eerste heeft betrekking op het materiaal zelf : het materiaal opstellen, de CPU (Central Processing Unit), de ASD (Auxiliary Storage Device) (diskettes, magneetbanden), schermtoetsenbord, terminals en printers. De tweede en belangrijkste heeft betrekking op de software, want « het is de software die de bevelen geeft die de computer zal uitvoeren en dit het aldus mogelijk maakt om de computer te individualiseren opdat deze toepassingen zou afleveren die aangepast zijn aan de gegeven werkomstandigheden »². De notaris zal pas aan het

1. Wat de vele factoren die het welslagen van een computerizeringsproject betreft alsook het belang van de niet technische factoren kan de lezer beroep doen op de bedenkingen van R. Hermans, De computerisering van een advocatenkantoor, Werk van de C.R.I.D., *L'Avocat* speciale uitgave, december 1984.

2. I. Hoorens *et alii*, Les contrats de réalisation de logiciel sur mesure, C.R.I.D., Namur 1985 (nog niet verschenen).

materiaal denken als hij eerst bepaald heeft wat hij met zijn computersysteem wil bereiken en als hij hiervoor de juiste software heeft gekozen hebben.

4. De keuze van de software is dus heel belangrijk. Maar wat is software? Het is nodig om enkele voorafgaandelijke definities te formuleren alvorens we het contractuele kader van keuze, gebruik of verwezenlijking aansnijden.

Sectie II

De software: basissoftware, toepassingssoftware, package, software op maat

5. De OMPI³ definieert software als volgt.

« Met het oog op de huidige wetgeving, moet men verstaan onder :

i) "computerprogramma", een geheel van bevelen die, als ze eenmaal op een machinaal ontcijferbaar medium zijn overgebracht, een functie, een taak of een resultaat kunnen doen aanwijzen, doen uitvoeren of doen bekomen door een machine die aan informatieverwerking kan doen ;

ii) "programmabeschrijving", een volledige voorstelling van bewerkingen in verbale, schematische of in een andere vorm die voldoende gespecificeerd is om een geheel van bevelen, die een overeenkomstig computerprogramma vormen, te bepalen ;

iii) "hulpgegevens", alle gegevens verschillend van een computerprogramma of van een programmabeschrijving, die gegeven worden om het begrijpen of het toepassen van een computerprogramma te vergemakkelijken, bijvoorbeeld de probleembeschrijvingen en aanbevelingen ten behoeve van de gebruiker ;

iv) "software", één of verscheidene van de hierboven genoemde onderwerpen. »

Merk op dat deze definitie de software niet beperkt tot de computerprogramma's, maar integendeel de gegevens als een onmisbaar deel ziet van de vorming van de gebruikers en van de software follow-up (cf. supra n° 37). Het is te betreuren dat het begrip software niet wordt uitgebreid tot de plannen, de structuren, kortom alles wat kan beschouwd worden als de toepassing van know-how om de oplossing van een gegeven probleem te vinden.

6. Men onderscheidt gewoonlijk verschillende soorten software. De basissoftware staat tegenover de toepassingssoftware, waartoe enerzijds de software op maat en anderzijds de package behoren.

3. Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle. Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom. Dispositions type sur la protection du logiciel, *Le droit d'auteur*, janvier 1978, 13 et 14.

De basissoftware « omvat het operating systeem⁴ » en bepaalde gebruiksprogramma's (compiler, assembler, editor, ...). Het geheel der programma's verzekert een optimaal verloop van het geheel der programma's en een doelmatig gebruik van de materiele middelen en verleent bovendien diensten aan de programmeurs die de inwerkingstelling van de programma's vergemakkelijken »⁵.

De algemene functie van de basissoftware wordt noodzakelijkerwijs bijgetreden door de functies die de toepassingssoftware zijn toegewezen : boekhoudingssoftware, stock en personeelsmanagement, tekstverwerking. Deze softwares die voorbestemd zijn om een welbepaald probleem op te lossen worden ook « packages » genoemd wanneer ze « ontworpen zijn om aan meerdere gebruikers of gebruikersgroepen geleverd te worden om daar eenzelfde toepassing of functie te vervullen ».

7. De software op maat beantwoordt aan de specifieke noden van één enkele gebruiker. Het is duidelijk dat de structuur van een « software-op-maat-contract », produkt dat nog ontworpen en gerealiseerd moet worden, ingrijpend zal verschillen van een package-contract, dat een afgewerkt produkt is ; de eerste structuur verzoent zich spontaan met de vorm van een aanneming van werk, de tweede met een verkoop- of huurcontract.

8. « Er zijn verschillende tussenoplossingen mogelijk tussen het gebruik van een standaardsoftware en het ontwerpen van software *ex nihilo*⁶. Een package bijvoorbeeld kan dikwijls aan de meeste noden van een gebruiker tegemoetkomen en de realisatie op maat zal niet meer zijn dan een aanpassing van de package of het programmeren van de specifieke functies van de gebruiker. Men spreekt dan van een package aanpassingscontract dat onder de noemer van gemengd contract valt⁷ als de "standaard" en "op maat" verrichtingen ongeveer van even groot belang zijn.

Sectie III

De eigenschappen van de software

9. M. Hoorens⁸ is van mening dat alle software een zeker aantal eigenschappen heeft die men tot drie belangrijke groepen kan terug-

4. « Logiciel coopérant avec les programmes d'application de manière à optimiser à la fois leur exécution et l'utilisation de ressources matérielles » in J. Roulin, G. Schepens, Ph. Van Bastelaer, Introduction aux concepts techniques et glossaire commenté de l'informatique, *Précis du droit des contrats informatiques*, Namur, 1983, p. 9.

5. J. Roulin, G. Schepens, Ph. van Bastelaer, *Précis cité*, cod. loco.

6. I. Hoorens et al., *Le logiciel sur mesure*, C.R.I.D., Namur, 1985, nog niet verschenen.

7. In verband hiermee, onze bedenkingen en de vergelijking met de categorieën van aanneming van werk en koopcontracten, de categorieën van gemengde koopcontracten en aannemingen van werk betreffende de bouwsector, in Poulet P. en Poulet Y., *Les contrats informatiques, Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française*, J.T., 1982, 4.

8. I. Hoorens et al., *op. cit.*, (nog niet verschenen).

voeren : goede software is overdraagbaar, bruikbaar en gemakkelijk te onderhouden. Men kan hierbij de volgende vragen stellen :

- « In hoeverre (gebruiksmogelijkheden, betrouwbaarheid, prestatievermogen) kan ik de software gebruiken in de staat waarin hij zich bevindt ? »
- In hoeverre kan ik de software behouden (begrijpen, veranderen, opnieuw testen) om fouten te verwijderen en hem aan te passen aan nieuwe taken ? »
- In welke mate blijft de software bruikbaar als ik de omgeving wijzig ? »

Elk van deze eigenschappen kan onderverdeeld worden in vele onder-eigenschappen : de « bruikbaarheid kan gezien worden vanuit het oogpunt van de betrouwbaarheid⁹ van het systeem, van het prestatievermogen¹⁰ en van zijn gebruiksvriendelijkheid (user-friendly). Software die gemakkelijk te onderhouden is moet testbaar,¹¹ begrijpbaar¹² en wijzigbaar¹³ zijn. Een « overdraagbare » software tenslotte, « moet bruikbaar zijn voor andere materiele configuraties dan de gebruikelijke » en moet « alle impliciete en expliciete functies kunnen uitvoeren ».

10. Het belang dat de vennootschap of de notaris hecht aan deze eigenschappen van het systeem dat men wil aankopen is natuurlijk afhankelijk van de doelstellingen van de computerisering. De vrees voor defecten bij een computer die het beheer van een laboratorium verzorgt, zal de gebruiker er toe aanzetten een systeem te eisen dat volledig betrouwbaar is. Daartegenover staat dat de toepassingssoftware, in vakgebieden waar de reglementering snel evolueert, een hoge graad van aanpassingsvermogen zal moeten hebben.

Een goed contract zal, in elk geval, het respectieve belang van de verschillende vereiste eigenschappen van een systeem moeten afwegen, en moet erop toezien dat de bepalende eigenschappen gekoppeld worden aan een doeltreffende garantie.

Verderop zullen wij dit nogmaals kunnen onderstrepen.

9. « Software is betrouwbaar wanneer de resultaten die hij voortbrengt gelijk zijn aan de resultaten die men verwachtte op basis van de toelichtingen. »

10. Software levert hoge prestaties in de mate dat de voortgebrachte resultaten niet ten koste gaan van een overmatig gebruik van het materiaal (CPU tijd, responstijd, afdruktijd, centrale geheugen spatie).

11. « De testbaarheid van software bestaat in de mate dat hij gevalideerd kan worden. »

12. « Een programma is begrijpbaar in de mate dat zijn doel en de wijze waarop dit doel bereikt wordt duidelijk zijn voor diegene die het onderzoekt. »

13. « Een programma is wijzigbaar in de mate dat het mogelijk is, wijzigingen aan te brengen als de aard van de wijziging is vastgesteld. »

Hoofdstuk II

HET CONTRACTUEEL KADER

11. De grenzen van het contract van het computeriseringsproces kunnen snel geschetst worden door twee dimensies te beschouwen. Een tijdsdimensie enerzijds, en een dimensie die betrekking heeft op de inhoud van de verschillende verwezenlijkingen die naar voren zijn gekomen tijdens de analyse van het technische kader, anderzijds.

Sectie I

De begrenzing in de tijd

12. De opsplitsing van het computeriseringsproces in verschillende etappes brengt een aantal stappen aan het licht die bijdragen tot de verwezenlijking, het uitvoeren en het onderhouden van de computerisering. Elk van deze stappen, of alleszins de meest belangrijke ervan, kunnen verbonden worden met een specifiek contract. De voorbereidingsfase kan dus gepaard gaan met een contract afgesloten met de leverancier zelf (een analyse van de voorbereidingsovereenkomst, cf. *infra* nr. 26) of met een derde, een firma gespecialiseerd in computer counseling (een analyse van het counselling contract, cf. *infra* nr. 29). Dit laatste contract kan na de keuze van een systeem verder blijven bestaan.

Het eigenlijke besluit zal gepaard gaan met het afsluiten van vele contracten afhankelijk van de aard van de prestaties (zie punt B). Deze contracten kunnen op hun beurt gepaard gaan met onderhouds of follow up contracten¹⁴ om het operationeel zijn van het systeem te vrijwaren voor zijn ganse levensduur.

Sectie II

De veelheid van de prestaties

13. De complexiteit van het contract beantwoordt aan het technische ingewikkeld karakter van de inhoud van het computeriseringsproces. Het welslagen van dit proces veronderstelt een veelheid van prestaties. De computerisering van een bedrijf omvat de aanschaffing van materiaal, van interface terminals, van een zeker aantal packages, de ontwikkeling van toepassingssoftware en van vele onderhoudsprestaties die zowel betrekking hebben op het materiaal als op de software follow-up. De bijbehorende problemen van financie-

14. Naast een onderhoudscontract in de enge zin van het woord, bestaat er soms een contract van steun ter plaatse voor wat betreft het materiaal, met als doel de tussenkomst van de leverancier ter plaatse te verzekeren. Sinds kort bestaan er ook contracten van teleonderhoud (afstandsonderhoud) en back-up contracten (dit laatste contract heeft als doel de mogelijkheid te scheppen om het vermogen van een andere computer te gebruiken in geval van defect van de computer van de gebruiker, lees in dit verband E. Klechner, Il « back up contract », in I contratti di utilizzazione del computer, Diritto dell' informatico, n° 1 (a cura di G. Alpa), Milano, Giuffrè, pp. 65 tot 73.

ring,¹⁵ van verzekering¹⁶ en de noodzaak voor het bedrijf om zich op een telecommunicatienet aan te sluiten zijn hierbij nog buiten beschouwing gelaten.

Deze veelheid van prestaties gaat dikwijls gepaard met een veelheid aan contracten — en wel om twee redenen.

14. De eerste heeft betrekking op de veelheid van prestatieplichtigen.

Inderdaad, de hardware leverancier verstrekt ook dikwijls de vergunning voor de basissoftware, maar de toepassingssoftware is dikwijls onderworpen aan contracten met (een) andere firma(s). Terminals en interfaces kunnen bij nog andere firmas aangekocht worden en de aansluiting op een telecommunicatienet zal het voorwerp zijn van een contract met de RTT. Tenslotte zullen wij het belang aanstippen voor de gebruiker van een onafhankelijke counselling-dienst om zijn noden te definiëren en om te helpen bij de keuze van de beste oplossing.

15. De tweede reden vervoegt de eerste en steunt op een oude praktijk: « unbundling ».¹⁷ Wanneer verscheidene prestaties afkomstig zijn van eenzelfde leverancier, vermenigvuldigt hij de contracten volgens de verschillende prestaties. Het is dus niet zeldzaam dat de leverancier van de hardware, de basissoftware en het onderhoud drie tot vier verschillende contracten opmaakt: het hardware contract, het softwarecontract, het onderhoudscontract en soms het contract van bijstand ter plaatse. Door middel van een bijzonder beding¹⁸ dat aan elk contract wordt toegevoegd, schept de leverancier een waar contractueel « isolationisme ». Dit betekent dat hij de onafhankelijkheid van elk contract vrijwaart zodat de wisselvalligheden van een contract aan geen ander contract schade kunnen berokkenen, noch het bestaan van een contract in gevaar kunnen brengen.

De gevaren die voortvloeien uit de veelheid van geïsoleerde contracten zijn duidelijk. Door de toepassing van de artikelen 1134 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek in te roepen of te combineren kan elke prestatieplichtige de volledige autonomie van zijn prestatie eisen en mag hij elke afhankelijkheid van het bestaan van andere prestaties

15. Dit zullen ofwel de gewone bankfinancieringscontracten zijn, ofwel leasing contracten (in verband hiermee, E. de Cannart d'Hamale-G. Vandenberghe, *Le contrat de leasing et l'informatique, Précis du droit des contrats informatiques*, Namur, 1983, 473 en volg.

16. In verband met « telecommunicatie en computer » contracten, Y. Poulet-X. Thunis, *Aspects juridiques de la télématique*, Actes du colloque de Namur, Gent, Story-Scientia.

17. De verklaring van deze praktijk van Amerikaanse oorsprong is te vinden in de boekhouding maar ook in het respect van het recht op concurrentie: contracten die betrekking hebben op verschillende prestaties kan men beschouwen als gebundelde productaanbiedingen.

18. « De klant erkent kennis genomen te hebben van dit contract en van zijn bijlage en van al hun geschreven of gedrukte bepalingen. »

weigeren. De gebruiker loopt aldus het risico dat een ander contract niet afgesloten wordt; hij zal de nadelen van het systeem moeten dragen: tegenover een slecht ontworpen systeem (vb.: de onverenigbaarheid van één element van het systeem) staat hij zo goed als machteloos in geval van moeilijkheden tijdens het verloop van het computerizeringsproces en later tijdens de werking van het systeem.

16. Deze veelheid van contracten staat lijnrecht tegenover de eenzijdige economische waarheid van het computerizeringsproces zoals die door de gebruiker ervaren wordt. « Hij beschouwt het computerizeringsproces als een eenzijdige verrichting waarbij alle prestaties onderling afhankelijk zijn. Zo meent hij dat het geheel van het systeem moet herzien worden in geval van tekortkoming van een van de prestaties (vb. mislukking van de integratie van de toepassingssoftware).¹⁹ » Tegenover de economische onderlinge afhankelijkheid van al deze prestaties, kan men hun juridische onafhankelijkheid plaatsen.

17. Het is niet de bedoeling om de ganse waaier op te sommen van oplossingen die ofwel binnen de contracten zelf zijn opgenomen²⁰ ofwel mogelijk zijn ingevolge de structuur die werd gegeven aan de groep van contracten die voor het welslagen van de operatie nodig zijn.²¹ Wij stippen enkel aan dat de rechtspraak geleidelijk de onderlinge afhankelijkheid van de contracten bekrachtigt.

Natuurlijk heeft deze bekrachtiging voornamelijk betrekking op contracten die met een en dezelfde leverancier werden afgesloten. Ze steunt ofwel op de onverdeelbaarheid van de verstrekkingen²² ofwel op het feit dat een prestatie behoort bij een andere.²³

19. M. Coipel-Y. Poulet, *Introduction aux concepts juridiques*, op. cit., blz. 40.

20. In verband met de talrijke clausules die kunnen worden overwogen, verwijzen wij naar de uiteenzetting opgenomen in het artikel van de heer Coipel en Poulet. Bij wijze van voorbeeld citeren wij — de praktijk van de opschortende voorwaarde die ertoe strekt het bestaan van de verplichtingen van een contract op te schorten wanneer een tweede contract niet wordt ondertekend of zelfs niet tot een goed einde is gebracht; — de praktijk van een globaal bestek dat bij elk contract wordt gevoegd; — de praktijk van uitdrukkelijke boekhoudingsverbintenissen met hardware of software door iemand anders geleverd;

— ...

21. Zie Y. Poulet, juridische problemen die ontstaan uit een veelheid van dienstverstrekkers, op. cit., pp. 119 en vv. In verband met de rechtspraak omtrent « contracten sleutel op de deur », die op een geheel van prestaties en leveringen betrekking hebben, zie: I. de Lamberterie, *Les contrats en informatique*, Paris, Litec, 1983, p. 176, nrs. 188 en vv.: De uitdrukking « sleutel op de deur » betekent dat de combinatie hardware en software naar behoren dient te werken.

22. Zo bijvoorbeeld in de zaak waarin de Handelsrechtbank van Brussel op 26 januari 1984 een uitspraak heeft gedaan (*Droit de l'informatique*, 1985, nr. 5, in voorbereiding): Overwegende dat op 25 april 1985 drie contracten werden ondertekend: een contract voor de verhuur van een systeem, ... afdrukeenheden en terminals, een onderhoudscontract, en, ten slotte, een software-contract.

« Overwegende dat die drie contracten samen een onscheidbaar geheel vormden » (de rechter refereert aan de omstandigheid dat elk contract bij beide andere was gevoegd, en ook bij een aantal clausules).

Wanneer de prestaties worden geleverd door onderscheiden leveranciers, aarzelen de rechters wel om de onderlinge afhankelijkheid van de contracten die met elk van hen werden ondertekend vast te stellen.²⁴ Wel wordt er een relevante uitzondering gemaakt inzake

Zie ook de zaak Locabail contra EAB en Pirson, *Jurisdata*, nr. 376, aangehaald door de Lamberterie, *op. cit.*, 1983, p. 78: hardware en software werden afzonderlijk besteld bij *eenzelfde leverancier*. Het Hof beschouwde evenwel dat beide bestellingen betrekking hadden op onafscheidelijk verbonden voorwerpen: «dat de deskundige heeft onderstept dat beide bestellingen betrekking hadden op onafscheidelijk verbonden voorwerpen, aangezien de hardware ... van generlei nut is, indien de overeenstemmende producten ook niet beschikbaar zijn, en de programma's evenmin kunnen worden gebruikt zonder de hardware»; zie ook Paris, 19 maart 1979, *Jurisdata*, nr. 189 en de beslissingen aangehaald door Mr. Vandenbergh, De Computer in het Verbintenisrecht, *TPR*, 1984, nr. 11, noot (12).

23. Lyon, 22 maart 1983, Blanc contra Poly Service, *Jurisdata*, nr. 041404: «Aangezien het leveren van een package voor de werking van een computer onontbeerlijk is, moet het niet leveren van het programma de vernietiging van de verkoop tot gevolg hebben». In onderhavig voorbeeld heeft de eerste vernietiging ook de vernietiging van een tweede overeenkomst tot gevolg, omwille van het ontbreken van de oorzaak, namelijk die van de leasing overeenkomst ter financiering van de aankoop van de hardware.

Zie ook Paris, 20 april 1984, MLS c. Sté Nord Est, *Jurisdata*, nr. 021946 in verband met een toepassingssoftware-contract dat behoorde bij een aanschaffingscontract van hardware.

In tegenovergestelde zin heeft het Hof van Beroep van Paris het verzoek verworpen van een gebruiker die de vernietiging wilde bekomen van drie contracten die betrekking hadden op onderscheiden hardware-producten, met als reden dat een op maat gemaakte software niet door eenzelfde leverancier kon worden geleverd. Er wordt onderstreept dat het opstellen van de programma's het voorwerp was van een onderscheiden contract en dat de verkoper van de hardware niet de verbintenis had aangegaan om naast de hardware ook nog de software te leveren.

24. In verband hiermee onze opmerkingen in Coipel-Poullet, *op. cit.* blz. 52 over een besluit van het Hof van Beroep van Paris van 22 april 1967 (RTD comm., 1967, I, 447, obs. Prompt et Versini) over een aankooptransactie afgesloten met verschillende leveranciers voor de aankoop van een automatiserend productiesysteem. Er werden inderdaad verschillende leveranciers geselecteerd omwille van de oorspronkelijke producten die zij leverden. De combinatie van hun prestaties, die tijdens het uitvoeren een perfecte samenwerking tussen de leveranciers vereiste, moest mogelijk maken een produktieketen op punt te stellen en te installeren. De klant had met elk van deze leveranciers een contract getekend en geen enkele leverancier stond in voor de goede werking van het geheel van de keten. Het in gebreke blijven van een van de leveranciers maakte de voltooiing van het geheel onmogelijk. Niettegenstaande de bewoordingen van het contract, gaven de rechters aan de klant de mogelijkheid om alle contracten te laten uitvoeren, omdat deze contracten ondeelbaar werden bevonden.

Uit dit besluit onthouden we het volgende:

«Het feit dat iedereen wist dat zijn levering moest bijdragen tot de werking van een Per Pac keten, en niet onafhankelijk van ander materiaal moest functioneren, het feit dat elke leverancier overleg had gepleegd met alle anderen om aan Gerblé, zoals ze hem beloofd hadden, een goed functionerend geheel te leveren, leiden tot het besluit dat, volgens de gezamenlijke bedoeling van de partijen, elke levering vergezeld was van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde niet diegene die voorzien is in het artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, maar om aan de gezamenlijke klant de beloofde resultaten te geven over het geheel van de keten, zoals dit door alle leveranciers in het algemeen, en door elke leverancier afzonderlijk was beloofd.»

leasing²⁵ waar niettegenstaande het bestaan van bepaalde clausules die alle onderlinge afhankelijkheid tussen het financieringscontract²⁶ en het gefinancierd contract afwijzen, sommige rechters toch hebben toegegeven dat de kredietverlener verantwoordelijk was tegenover de klant²⁷ voor het in gebreke blijven van de leverancier of soms zelfs het contract van kredietverlening nietig hebben verklaard omwille van het ontbreken van een oorzaak.²⁸

Hoofdstuk III

DE VOORBEREIDING

Sectie I

De gebruiker contracteert alleen

18. In deze eerste veronderstelling, zullen wij de situatie bestuderen waarbij de gebruiker vrijblijvend discussies voert met één of verscheidene toekomstige prestatieplichtigen zonder ze in de vorm van een overeenkomst te gieten. Dit is het meest voorkomend geval, het gaat gepaard met vele vergaderingen, soms met verscheidene leveranciers naast elkaar, en met een drukke briefwisseling. Deze elementen dragen bij tot het beeld dat beetje gevormd wordt van de oplossing die weerhouden zal worden, zonder dat deze voorbereiding het voorwerp uitmaakt van een overeenkomst (§ 1).

Het belang van deze voorbereidingsfase heeft sommige juristen ertoe gebracht om aan toekomstige gebruikers de ondertekening van een zogenaamde voorbereidingsovereenkomst, die wij in een tweede moment onder de loep zullen nemen (§ 2), aan te raden.

§ 1. De voorbereiding en de afwezigheid van een contract²⁹

19. Een overvloedige jurisprudentie, en meer bepaald van franse oorsprong verduidelijkt de verplichtingen van de leverancier en van de

25. Hoewel het een controversieel onderwerp is, lees in dit verband de Franse jurisprudentie opgenomen en uitgebreid van commentaar voorzien in de Lamberterie, *op. cit.*, nrs. 162 en volg.

In België heeft een beslissing, op basis van de theorie van de dwaling (Handelsrechtbank, Brussel, 7 jan. 1980, *J.C.B.*, 1981, 571) de onderlinge afhankelijkheid van het leasing contract en van het gefinancierde contract toegegeven.

26. Voorbeeld clausule

«de huurder mag dus geen aanspraak maken op de ontbinding van de huur, of op een huurverlaging of op schadeloosstellingen ten laste van de verhuurder in geval van defecten aan het materiaal, of als de huurder er geen gebruik van kan maken om welke reden dan ook, zelfs als het toeval is of in geval van overmacht of verborgen gebrek.»

27. Paris, 9 januari 1979, *Jurisdata*, nr. 11, vermeld door de Lamberterie, *op. cit.*, nr. 178.

28. Cass. 4 februari 1980, D. 1980, I.R., 565, obs. Larroument; contra cass. 3 maart 1982, G.P., 1983, blz 2 tot 5, nota Defossez.

29. Deze voorbereiding kan niettegenstaande de afwezigheid van een overeenkomst gestoffeerd zijn met een verscheidenheid aan documenten die geleidelijk zullen

toekomstige gebruiker tijdens de voorbereiding. Wij kunnen hier slechts een aantal principes samenvatten die duidelijk gesteld zijn door de rechtsleer.³⁰

Samengevat verplicht de rechtspraak :

- beide partijen informatie en inlichtingen te verschaffen ;
- de leverancier raad te geven en te verwittigen.

Een arrest van het Hof van Beroep van Paris van 3 april 1979³¹ vertaalt dit evenwicht tussen de taken ten laste van beide partijen zeer goed.

« Het is de plicht van de gebruiker, die niet blind kon zijn voor de moeilijkheden die de toepassing van computerisering met zich meebrengt, om zijn noden te definiëren alsook de doelstellingen die hij tot een goed einde wil brengen en hierbij duidelijk de aard van de taken die hij gemechaniseerd wil zien te omschrijven, zo nodig door beroep te doen op een gespecialiseerde adviseur die de gevraagde verrichtingen kan vertalen in de juiste taal ; hij moest eveneens voldoende personeel voorzien en de vorming van dit personeel, in voorkomend geval, verzorgen door aangepaste professionele stages. »

« Anderzijds is het de plicht van de leverancier, vooral in geval van afwezigheid van een adviseur, de klant te helpen bij het formuleren van zijn verwachtingen, deze te interpreteren en een grondige studie te ondernemen die hem moet toelaten, rekening houdend met het blijkbaar groot cliënteel van de gebruiker, de "toepassingen" te bepalen, aangepast materiaal en verwerkingsmethodes voor te stellen. Hij moet de klant verplichten, of toch zeker de raad geven, zijn personeelsbestand te vergroten om aldus het vroegere boekhoudingsbeleid te bewaren en de overgang naar computerprocedures te verzekeren. »

Laat ons deze taken die eigen zijn aan de gebruiker enerzijds en aan de leverancier anderzijds verduidelijken. Deze verduidelijking

bijdragen tot de bepaling van de uiteindelijke oplossing. De juridische waarde van zulke documenten wordt geanalyseerd in Y. Poulet, *Les documents de la période préparatoire, leur valeur juridique*, *Précis cité*, blz. 157 en volg. Wij zullen ons hier beperken tot het overnemen van de uiteenzetting.

30. In dit verband verwijzen wij naar de Lamberterie, *op. cit.*, 12 en volg. ; J. Huet, *la modification du droit sous l'influence de l'informatique*, *J.C.P.*, 1983, I, 3095 ; B. Cahen en A. Bensoussan, *Le droit de l'informatique*, *G.P.*, 1091, doct., 183 ; P. en Y. Poulet, *Les contrats informatiques, réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française*, *J.T.*, 1982, 1 tot 9 ; G. Vandenberghe *Computer in het verbintenissenrecht*, *T.P.R.*, 1984, 469 en volg. ; Y. Poulet-Ph. Ullmann, *La jurisprudence belge relative aux contrats informatiques*, *J.C.B.*, 1983, 486.

31. Paris 3 april 1979, *Expertises* 1979, nr. 10, 1 en 2 (en de commentaar van H. Gevaert, *De l'obligation du vendeur d'informer son client*, *Expertises*, 1979, nr. 12, 3 en volg.

volgt de orde in de tijd van de taken die het computerizeringsbesluit voorafgaan.³²

A. DE NODEN FORMULEREN : DE EIGEN GEGEVENS VAN HET BEDRIJF : NUTSANALYSE EN FUNCTIONEEL ONDERZOEK

20. De klant, de gebruiker « moet op heldere wijze alle elementen betreffende de organisatie en de specifieke problemen, waarmee rekening moet gehouden worden om het gebruik van een computer mogelijk te maken, verduidelijken ».³³

De gebruiker is leider van zijn bedrijf. Het onderzoek naar de uitvoerbaarheid en het nut is zijn eigen taak. In dit stadium blijft de leverancier echter niet volledig passief : « Hij moet inlichtingen vragen over de noden van de gebruiker of met andere woorden de gegevens van het vraagstuk verzamelen ».³⁴ Als de gegevens die de klant hem verstrekt onvolledig of contradictorisch lijken te zijn moet hij de gebruiker helpen om zijn noden te formuleren. De leverancier kan niet verplicht worden om aan niet uitgesproken verwachtingen te voldoen.³⁵ »

B. DE VERTALING VAN DE NODEN : HET BESTEK

21. Is het opmaken van het bestek, dat de noden van de gebruiker duidelijk vastlegt, noodzakelijk en moet de gebruiker, in voorkomend geval hiervoor beroep doen op een raadsman ?

Oorspronkelijk waren Jurisprudentie en rechter het eens om te stellen dat het de plicht van de gebruiker is om een bestek op te maken en hiervoor eventueel gebruik te maken van de diensten van een adviseur.³⁶ Daarna is men beginnen aarzelen : de reeds genoemde beslis-

32. Over deze taken, J. Raemackers, *La période préparatoire*, *Précis cité*, blz. 35 en 144.

33. Paris, 24 mei 1977, *Expertises*, 1978, nr. 3, 7, Comp. J.L. Goutal, noot onder Paris, 4 januari 1980, *J.C.P.*, 1982, II, 19734 : « De counselling plicht bestaat maar in de mate dat de klant het recht heeft om onwetend te blijven. Maar hij mag niet passief zijn, want hij blijft leider van zijn bedrijf : hij moet de doelstellingen bepalen, inlichtingen vragen over wat hij niet begrijpt, zijn raadsman informeren, samenwerken en discussieren met deze laatste en uiteindelijk beslissen aangezien hij bedrijfsleider is. »

34. Handelsrechtbank Brussel, 7 januari 1980, *J.C.B.*, 1981, blz 571, noot van G. Vandenberghe.

35. Men begrijpt dus gemakkelijk het belang van een allesomvattend document dat het geheel, van de uitgesproken verwachtingen alsook de gegevens en de informatie bevat. Dit document door beide partijen ondertekend voor de afsluiting van een contract zou door de leverancier als bewijs aangevoerd kunnen worden, van de onvolledige analyse van de verwachtingen door de gebruiker, en door de gebruiker als bewijs van hun slechte vertaling, in geval van betwisting.

36. De beslissing Flammarion c/IBM van de Handelsrechtbank van Paris bevestigt dit : « Het is de plicht van de klant om een bestek op te maken dat de eigenschappen van het materiaal omschrijft. Dit is niet de taak van de leverancier. Als de klant hiertoe niet in staat is, moet hij ten minste beroep doen op een counselling kantoor. » (Megret en Daudier de Cassini, nota onder Handelsrechtbank Paris G.P., 1971, II, 405).

sing van het Hof van Beroep van Paris³⁷ verplicht de gebruiker niet langer raad in te winnen³⁸ behalve voor sommige contracten die betrekking hebben op toepassingssoftware, waaruit de plicht van de gebruiker om zijn wensen kenbaar te maken, de noodzaak van counselling voortvloeit.

De beslissing van het Franse Hof van cassatie van 17 maart 1981³⁹ beklemtoont nogmaals de verantwoordelijkheid van de leverancier. Deze beslissing verplicht hem, in geval van afwezigheid van een bestek, « over te gaan tot een ernstig en diepgaand onderzoek voor het materiaal te plaatsen... ». Deze plicht, die voortvloeit uit de plicht tot raadgeving van de beroepsverkoper⁴⁰ verplicht de leverancier niet om een bestek op te maken, maar vergroot in zekere mate zijn verantwoordelijkheid.

C. BEANTWOORDEN AAN DE NODEN

22. In de derde fase zijn de rollen omgekeerd : de gebruiker speelt nu een passieve rol, de leverancier speelt de hoofdrol⁴¹, daar hij tegelijkertijd een plicht tot informatie en raadgeving onderschrijft en belooft een aangepaste oplossing te vinden voor de noden van de klant.

Wat de packages betreft, heeft de jurisprudentie zich voor al deze punten beperkt tot het overnemen van de oplossingen die hiervoor reeds bestonden voor de hardware. De gebruiker moet dus informatie inwinnen, zelf de rendabiliteit berekenen en deelnemen aan de opstelling van het document⁴² dat de prestatie bepaalt dat voorwerp is van

37. Cf. *Supra*, blz.

38. Cf. de overweging : « Het is de taak van de leverancier, zeker in geval van afwezigheid van een gespecialiseerde counsellor ... » waarin impliciet erkend wordt dat het nalaten een beroep te doen op een counsellor de gebruiker niet ten laste gelegd zal worden.

39. Cass. 17 maart 1981, Pergay c/Litton, *Expertises*, 1981, nr. 34, blz. 3, nota A. Bensoussan. In onderhavig geval, heeft het Hof het verzoek neergelegd door de gebruiker verworpen, het verzoek om de verkoop te niet te doen omwille van verborgen gebreken. Het Hof van cassatie verbreekt het arrest « De rechters van beroep hebben niet onderzocht of de leverancier, door niet over te gaan tot een ernstig onderzoek voor het materiaal geplaatst wordt, zijn plicht van raadgeving niet heeft verzuimd ».

40. Paris 6 maart 1981, Deslandes en Thurler c/Burroughs, *Jurisdata*, 20348. Het Hof van Beroep van Paris, op 19 januari 1978 (Parfums Fabergé c/Chauvin, *Jurisdata* 0050), is van mening dat de leverancier die een computer heeft geleverd die voortdurend boven zijn capaciteit functioneerde, omdat hij alleen maar het globale volume van de verrichtingen had berekend zonder rekening te houden met de drukke momenten, zijn plicht van raadgeving heeft verzuimd.

41. Comp. Toulouse, 18 april 1984, Bureau d'études comptables Jacques Foubet c/Progeai : « de gerant (gebruiker) kan voor deze vertraging niet verantwoordelijk gesteld worden, omdat deze over geen enkele vorming beschikt en omdat hij niet meer kan zijn dan een goed ingelichte gebruiker. Hij kan geen deel hebben in de analyse en in de programatie. Dit is een hoog gespecialiseerde taak voor een informaticus, en dus uitsluitend voorbehouden aan de leverancier ».

42. Paris, 26 november 1981, *Jurisdata*, nr. 27441 ; Paris, 24 mei 1977, *Jurisdata*, nr. 480.

het contract. De leverancier, van zijn kant, moet « tegelijkertijd informatie verschaffen en inwinnen. Hij moet inlichtingen inwinnen en de noden van zijn klant bestuderen om hem vervolgens, met kennis van zaken, raad te kunnen verschaffen »⁴³. Deze plicht is des te dwingend omdat de leverancier reeds kennis heeft genomen van de noden van zijn klant in het kader van een eerste computerisering⁴⁴.

23. De reclame moet bovendien realistisch en niet bedriegelijk zijn. « Onvoorzichtige, onvolledige en verwarrende beweringen » die werden opgenomen in de voorstellen die de onderhandeling voorafgingen, worden de leverancier ten laste gelegd⁴⁵.

« De erkenning van een plicht tot raadgeving vloeit voort uit de ongelijkheid van informatie. » De plicht tot raadgeving is dus kleiner wanneer de gebruiker de techniek en het beleid van een computerisering bijgebracht wordt ; de plicht wordt verzacht, zonder daarom te verdwijnen, wanneer de gebruiker wordt bijgestaan door een counselling bureau⁴⁶.

24. Inzake specifieke toepassingssoftware, is het de gewoonte dat de leverancier aan de klant de documenten van functionele analyse overhandigt. Eenmaal deze analyse aanvaard is, bepaalt ze de inhoud van de software⁴⁷.

Een recente beslissing van de Handelsrechtbank van Nanterre⁴⁸ moest volgend probleem behandelen : de software die de leverancier tot stand had gebracht was in overeenkomst met dit document van functionele analyse maar niet met het bestek dat door de klant was binnengebracht en dat zijn noden uitdrukt. De Handelsrechtbank geeft aan de klant het recht om te reclameren en houdt geen rekening met de clause volgens dewelke het document van functionele analyse de

43. I. de Lamberterie, *op. cit.*, nr. 35, blz. 26 en het arrest van het Hof van Beroep van Paris van 10 december 1976, *Jurisdata*, nr. 537 waarbij de verkoper een standaard programma had geleverd zonder bepaalde specificiteiten van zijn klant in acht te nemen.

44. Paris, 16 december 1981, *Jurisdata*, nr. 27879.

45. Betreffende de hardware, Handelsrechtbank van Paris, 19 april 1971, Flammation c/IBM, *G.P.*, 1971, 401 (het argument wordt niet hernomen in beroep) : « Door zonder onderscheid te beweren dat de computer een snelle en veilige oplossing zou vormen voor de problemen die werden onderzocht, heeft de verhuurder ondoordacht gehandeld. » Paris 1 december 1972, *Jurisprudence et informatique*, Sligos Interface, obs. J. Desmartin ; cf. tenslotte het Hof van Beroep van Paris dat, op 21 maart 1979, Cerci c/CPS, *Expertises*, 1979, nr. 15, 5, bepaalt om de leverancier te veroordelen dat « het mogelijk is dat de firma ... om de bestelling te verkrijgen, de voordelen die voor de gebruiker zouden voortvloeien uit de computerisering, een beetje te rooskleurig heeft voorgesteld ».

46. Zie *infra*, nr. 29.

47. J.C. Dubarry, Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrat de logiciel dans la jurisprudence française, *Droit et Informatique*, 1984, nr. 3, blz. 6.

48. Handelsrechtbank van Nanterre, 14 mei 1982, onuitgegeven werk door Dubarry geciteerd, gec. art.

basis zal vormen voor het tot stand brengen van het systeem en van zijn opbrengst en wel om volgende reden :

« Men mag niet uit het oog verliezen dat de technische specificaties van de leverancier niets anders mogen zijn dan de vertaling naar de taal van de informatica, van de voorwaarden, de wensen en de noden van de klant. Als de klant dus de technische specificaties die hem worden voorgelegd aanvaardt, betekent dit niets anders dan dat hij zich verbindt om geen wijziging van deze specificaties aan te vragen na de aanvang van het werk. Het betekent dus niet dat hij de overeenstemming erkent tussen de technische specificaties en het bestek dat hij zelf binnenbrengt. Bijgevolg mogen zij niet als bewijs tegen hem worden aangevoerd, als het bekomen resultaat niet overeenstemt met zijn verwachtingen zoals die klaar en duidelijk uitgedrukt staan in het bestek dat hij aan de leverancier bezorgt. Het is de plicht van de leverancier, plicht van raadgeving, om elke verwarring in de geest van zijn klant te vermijden en om hem altijd in gewone bewoordingen op de hoogte te houden over de aard van de verrichtingen van computerisering die hij uitvoert. De gewone bewoordingen in het dagelijks leven en in handelsverrichtingen moet de wet tussen de partijen zijn. De resultaatsverbintenis is hiervan het corollarium.

D. HET NEMEN VAN HET BESLUIT EN DE NODIGE VERWITTIGINGEN

25. Het is voornamelijk de Franse jurisprudentie die het principe in verband met de verkoop van gevaarlijke produkten uitbreidt tot de computer. De leverancier moet de gebruiker verwittigen.

Men moet eerst « de gebruiker verwittigen voor de risico's die het informatiseringsproces in zich draagt en meer bepaald voor de structurele wijzigingen die een bedrijf moet ondergaan omwille van een computerizeringsprocedure ».⁴⁹ Vervolgens moet men hem op de hoogte brengen van de startmoeilijkheden van een computer-installatie en hem aanraden om de vroegere beleidsmethodes nog een tijd in stand te houden, de tijd die nodig is om de toepassingen op het nieuwe systeem over te brengen.

§ 2. De aanwezigheid van een contract : de voorbereidende overeenkomst

26. Vertrekkende van de vaststelling dat de geschillen die voortvloeien uit de contracten van software op maat (cf. *infra*) vooral hun

49. Handelsrechtbank Paris, 19 april 1971, II, 16572; cf. eveneens, Paris, 4 januari 1980, *G.P.*, 2, 595, nota van P. de Fontebressin :

« Cerci heeft niet alleen het grootste deel van de software te laat geleverd, maar heeft bovendien haar plicht tot raadgeving verzuimd. Deze fout heeft gevolgen gehad ten nadele van C.P.S.; (...) zij had C.P.S., die niet werd bijgestaan door een computerspecialist, moeten afraden van een gemengd procédé, computer en handbediend, te laten starten in het midden van het actieve seizoen. »

oorsprong vinden in de slechte definitie van hun doel besluit meester de Cannart d'Hamale dat in de meeste gevallen « geen enkel document het ware wilsakkoord tussen beiden partijen vertolkt, het akkoord dat de synthese is van hun besprekingen en het onderwerp van het contract ».⁵⁰

De inzet van deze contracten is zo belangrijk dat men in geen geval mag afzien van uitvoerige besprekingen vóór men het contract ondertekent : zich blindelings storten op de vervaardiging van software op maat kan onvoorziene gevolgen hebben.

INHOUD VAN DE VOORBEREIDENDE OVEREENKOMST

27. Meester de Cannart d'Hamale stelt dus voor dat beide partijen aan het einde van hun besprekingen een voorbereidende overeenkomst zouden sluiten die twee bijlagen zou bevatten met daarin beschreven de noden van de gebruiker en het aanbod van de leverancier. Deze overeenkomst zou ook een reeks schikkingen bevatten met een dubbel doel, dat aangekondigd wordt in de inleiding :

- dat de leverancier een volledige, juiste en gedetailleerde beschrijving zou geven van de software die hij aanbiedt ;
- dat de bewoordingen van het contract van verwezenlijking van software op maat zouden vastgelegd worden met wederzijdse goedkeuring. Deze doelstelling probeert te vermijden dat de gebruiker een contract opgedrongen zou krijgen dat de exacte copie of de lichtjes gewijzigde versie zou zijn van het aanbod van de leverancier.

DRAAGWIJDTE VAN DE VOORBEREIDENDE OVEREENKOMST

28. « Deze overeenkomst heeft als enig doel de aard en de vergoeding van de werken die de leverancier moet uitvoeren vast te leggen in de pre-contractuele fase waarin beide partijen zich bevinden.

Dit betekent niet dat de gebruiker er zich toe verbindt van met de leverancier een software contract af te sluiten, noch dat hij niet met andere leveranciers mag onderhandelen. »

Deze overeenkomst is dus een waarborg voor de ernst en het evenwicht van de onderhandelingen en laat de partijen vrij om een contract af te sluiten na de voorbereidingsfase.

Sectie II

De gebruiker contracteert met behulp van een raadsman

29. De taken van een computer counsellor⁵¹ zijn soms zeer uitgebreid. Zij kunnen beperkt blijven tot enige verduidelijkingen voor

50. E. de Cannart d'Hamale, La convention préparatoire, *Revue Droit et Informatique*, nr. 3, december 1984, blz 35 en 36.

51. Zijn tussenkomst wordt soms verplicht, *supra* nr. 21.

de gebruiker in zijn studie naar het nut en de noodzaak of in zijn functionele analyse, of zij kunnen uitgebreid worden tot het opmaken van het bestek en het bestuderen van het aanbod. Na de voorbereidingsfase kunnen zij worden uitgebreid tot het leiden van de plaatsing van het systeem, bij zijn ontvangst.

Een goed counselling contract⁵² zal in de mate van het mogelijke soepel blijven, dit wil zeggen dat het elke prestatie die oorspronkelijk werd beschreven als onafhankelijk zal beschouwen. Het counselling contract moet niet automatisch blijven duren doorheen de verschillende stappen van de voorbereiding. De klant moet oordelen of het nuttig is de samenwerking met de counsellor voort te zetten.⁵³

Als de vergoeding niet forfaitair gebeurt, is het nuttig van op voorhand een budget vast te leggen. Elke overschrijding van dit budget zal degelijk gemotiveerd moeten worden,⁵⁴ of zelfs door beide partijen evenredig gedragen worden.

30. De verantwoordelijkheid die de counsellor draagt⁵⁵ is te vergelijken met die van een architect. De raadsman moet de gewone ijver⁵⁶ ten toon gespreid hebben bij het vragen naar de feitelijke en rechtsgegevens die het uit te brengen advies beheersen en vervolgens bij de toepassing van de techniek die hij vertegenwoordigt.

De tussenkomst van een counsellor vermindert de verplichtingen van de leverancier jegens zijn klant, maar spreekt hem echter niet van alle verantwoordelijkheid vrij. Bijvoorbeeld, als de counsellor een onvolledig, ontoereikend of dubbelzinnig bestek opmaakt, moet de leverancier de klant met wie hij een contract gemaakt heeft hiervan op de

52. Cf. E. de Cannart d'Hamale en J. J. Evrard, *Le contrat de conseil en informatique*, *Précis cité*, blz. 193 en volg. Deze twee auteurs geven een modelcontract.

53. Voorbeeld van een clause uit het contract waarnaar verwezen wordt in de vorige noot: « Dit contract wordt gesloten voor onbepaalde tijd. De klant mag het beëindigen zonder schadeloosstelling, aan het einde van iedere opdracht door aan de counsellor, zoals deze laatste verkiest de prijs van de geleverde prestaties of de som van het geraamde budget te betalen... »

54. Voorbeeld van een clause (eod. loco): « Men spreekt af dat het aantal uren die nodig zijn voor de voltooiing van de opdrachten niet hoger zullen liggen dan (geraamd budget):

— opdracht A: x uren;

— ...

Elke overschrijding van dit budget zal degelijk gemotiveerd moeten worden. »

55. Voor meer informatie, Y. Poulet en Ph. Ullmann, noot onder de Handelsrechtbank van Charleroi; 18 december 1981, *J.T.*, 1983, 291 en volg.; Y. Poulet, *Les problèmes posés par la multiplicité des prestataires*, *Précis cité*, blz. 133 en volg. In jurisprudentie, Handelsrechtbank van Brussel, 21 april 1981, *J.T.*, 1983, 289 en 290.

56. Deze zal door de rechter beoordeeld worden, naargelang de omstandigheden van de counselling, zijn graad van urgentie, zijn vergoeding, de morele autoriteit van de counsellor, of zelfs de totale afwezigheid van inlichtingen in hoofde van de klant.

hoogte brengen en moet hij in alle geval, bijkomende inlichtingen vragen aan de counsellor.⁵⁷

Hoofdstuk IV

HET PACKAGE KOOPCONTRACT

Sectie I

Definitie en juridische aard

31. Het voornaamste onderscheid tussen een package en software op maat (cf. *supra*), is dat de eerste een « prefab » eigenschap heeft waardoor hij zich leent tot gebruik door veel mensen.

Het alledaagse karakter van sommige packages (bijvoorbeeld eenvoudige boekhoudingspackages) maakt er produkten van dagelijks gebruik van, die zelfs in supermarkten verkocht worden.

Het is dus een beetje overdreven van het steeds maar te hebben over een contract in de betekenis van een duidelijk vastgesteld instrumentarium dat beide partijen ondertekenen. Meestal spreekt men over « algemene gebruiks- en verkoopsvoorwaarden » die de klant dikwijls stilzwijgend en soms uitdrukkelijk⁵⁸ bijtreedt. Dit betreft voornamelijk de gebruiksvoorwaarden van packages voor micro-computers.

Het doel van deze voorwaarden is onder andere de waarborg te geven dat deze package slechts op één machine tegelijkertijd zou gebruikt worden, en dat de kopijen strikt beperkt zullen blijven tot het bewaren van hulpkopijen, te verwittigen dat sommige diskettes uitgerust zijn met mechanismen die het kopiëren beperken of verhinderen, of nog te verplichten dat de term « copyright » op elk gekopieerd of gewijzigd exemplaar van de package zou voorkomen.⁵⁹

32. Maar het voorwerp blijft in alle gevallen hetzelfde.

De package kan juridische op drie manieren omschreven worden.⁶⁰ Ofwel beschouwt men het als deel van zijn medium (diskette, magneetband), ofwel ziet men het als het produkt van de geest dat beschermd wordt door het recht op intellectuele eigendom, ofwel vertegenwoordigt het een « know-how », een methode van produktie.

57. Het is omwille van dit motief dat de Handelsrechtbank van Brussel (21 april 1981, *J.T.*, 1983, 289) meent dat de leverancier verantwoordelijk is. Cf. eveneens Paris, 12 januari 1979, jurisdata, nr. 35, gevolgd door de Lamberterie, *op. cit.*, nr. 31.

58. De algemene gebruiksvoorwaarden staan soms op de verpakking van de diskette, voorafgegaan van een bericht dat stelt dat het breken van de zegel de goedkeuring van de algemene gebruiksvoorwaarden impliceert, zie Ph. Peters, *Le contrat de progiciel*, artikel in voorbereiding, blz. 2 en 3.

59. Zie D. de Lhoneux, *Les aspects juridiques de l'informatisation d'un cabinet d'avocat*, in *L'informatisation des cabinets d'avocat* door R. Hermans, Tijdschrift *L'Avocat*, december 1984, blz. 51.

60. P. Poulet, *La qualification du contrat de progiciel*, Séminaire sur les contrats informatiques, FNDP - Namur, 26 september 1984.

Naargelang de keuze die men maakt tussen één van deze drie onderverdelingen, kiest men ook voor een verschillende onderverdeling van het package koopcontract. In het eerste geval, waar de package als een materieel goed beschouwd wordt, kan er sprake zijn van een huur- of koopcontract. In het tweede geval, een immaterieel goed, is de package het voorwerp van een gebruiksconcessie. In het derde geval, ook immaterieel goed, is de package het voorwerp van een know-how contract, of bedrijfscontract.⁶¹

Deze derde oplossing moet onmiddellijk terzijde geschoven worden. Want een know-how contract wordt door drie elementen gekenmerkt: een zekere hoeveelheid bestaande technische kennis, de wil om deze geheim te houden en de overdraagbaarheid van deze kennis. Maar, in een package contract wordt van de leverancier geen enkele intellectuele prestatie vereist en hij geeft bijgevolg geen kennis door: « de begunstigde heeft geen enkele toegang tot de kennis, zelfs niet als hij er mechanisch gebruik van mag maken ».⁶²

33. Het wordt veel moeilijker om te kiezen tussen de twee eerste oplossingen.⁶³

Wij denken, net zoals P. Poulet, dat wanneer men de onderverdeling « koop- of huurcontract » kiest, niets in de weg staat van de bescherming van de package door het recht op intellectueel eigendom, noch de clauses in het contract die in die richting zouden gaan.

Op die wijze kiest men niet voor één van beide oplossingen, maar voor een synthese van beiden.

Het op de markt brengen van een package zou, in dat geval, zeer goed vergeleken kunnen worden met het op de markt brengen van een boek of een plaat.⁶⁴

Wij kunnen nu besluiten met wat volgens ons, zonder daarom een echte definitie te zijn, de beste benadering is van een package contract en van zijn doel.

34. Het package contract is het contract waarbij een persoon, de leverancier, aan een andere persoon een niet exclusieve en niet overdraagbare gebruiksvergunning uitreikt voor prefab software.

61. We vernoemen hier nog een vierde onderverdeling — die we echter niet zullen beschouwen — waarbij het package koopcontract slechts een contract *sui generis* is en als volgt gedefinieerd wordt: « de vergunning om het programma te gebruiken ». Zie in dit verband, X. Linant de Bellefonds en A. Hollande, *Les contrats informatiques*, 1984, blz. 99 en 100.

62. Ph. Le Tourneau, « Très brèves réflexions sur la nature des contrats relatifs aux logiciels », *J.C.P.*, 1982, 1, 3078.

63. Zie in dit verband X. de Linnant de Bellefonds en A. Hollande, *Les contrats informatiques*, Paris, 1984, blz. 99 en 100.

64. P. Poulet, *Le contrat de progiciel, Le droit des contrats informatiques, Principes - applications*, Namur, Larcier, 1983, blz. 336.

Deze definitie stemt overeen met wat men dikwijls in de praktijk tegenkomt, waarbij men resoluut voor een huurcontract kiest en de beschermingsmaatregelen van de package, die betrekking hebben op de intellectueel eigendom, bekendgemaakt worden.

Sectie II

Eigenschappen: belangrijkste clauses

35. Aangezien het koopcontract in de praktijk niet veel voorkomt, zullen wij gebruik maken van de term « huurcontract » om het package koopcontract te verklaren.⁶⁵⁻⁶⁶

De respectievelijke verplichtingen van de leverancier en de gebruiker zijn dus de gebruikelijke verplichtingen van verhuurder en huurder zoals die in artikel 1078 en volg. van het Burgerlijk Wetboek opgenomen zijn.

§ 1. Verplichtingen van de verhuurder

De verplichtingen van de verhuurder zijn:

- binnen de voorgeschreven tijd een conform package leveren,
- het vreedzame en nuttige gebruik van de package te garanderen,
- in te staan voor het onderhoud van de package.

A. DE LEVERING VAN EEN CONFORME PACKAGE BINNEN DE TIJD

a. De voorgeschreven tijd

36. In het algemeen zijn er weinig problemen in verband met de leveringstijd van packages. Deze termijn is reeds bekend bij de ondertekening van het contract en er is dus geen wezenlijke reden voor vertraging.

Soms gebeurt het dat de termijn ter aanwijzing wordt vermeld. In zo'n geval doet men er goed aan te verwijzen naar het criterium van « normale » leveringstijd. Deze zal, als er gerechtelijke stappen ondernomen worden, soeverein bepaald worden door de rechter.⁶⁷

b. Het « conforme » aspect

37. De geleverde package moet conform zijn met de bestelde package, dit wil zeggen, moet overeenstemmen met de technische en functionele aanwijzingen die in het contract zijn opgenomen.

65. Sommige contracten hebben als voorwerp een voortdurende gebruiksvergunning tegen betaling van een eenmalige vergoeding: in dat geval kan men bijna van een koopcontract spreken, zie Ph. Peters, *Le contrat de progiciel*, artikel in voorbereiding, blz. 3.

66. De voorbeelden van clauses hierboven komen uit standaardcontracten.

67. Thunis, X., *Livraison et installation d'un système d'informatique, Le droit des contrats informatiques, principes, applications*, Namur, Larcier, 1983, blz. 244.

De package is gestandaardiseerd en kan dus niet beantwoorden aan alle individuele verwachtingen van de gebruiker. De package beantwoordt aan een bepaald aantal algemene technische en functionele aanwijzingen die overeenkomen met de mogelijke noden van een hele reeks potentiële klanten.

Niettemin zet de leverancier zijn verantwoordelijkheid op het spel wanneer hij een package levert die niet overeenkomt met de specifieke noden van de klant, hoewel hij die package zelf heeft aangeraden om aan de noden van de klant tegemoet te komen.

De conformiteit wordt soms gecontroleerd door een reeks proefnemingen die de goedkeuring van klant en leverancier wegdragen. Soms volstaat, na enige tijd, het stilzwijgen van de klant om de conformiteit van de package te bewijzen.⁶⁸

c. De dokumentatie

38. Aangezien de dokumentatie een hulpmiddel van de package is, moet deze binnen dezelfde tijd geleverd worden, en moet deze conform zijn met de desbetreffende bepalingen.⁶⁹

d. De plaatsing

39. De plaatsing wordt gewoonlijk aan de gebruiker overgelaten. De leverancier biedt soms zijn hulp of bijstand aan bij de inwerkingstelling, maar de klant draagt hiervoor de verantwoordelijkheid.⁷⁰

Dit is afhankelijk van het belang van de package.

B. DE GARANTIE VAN VREEDZAAM EN NUTTIG GEBRUIK VAN DE PACKAGE

40. De garantie voor uitwinning, die de verplichting tot voortdurende dienstverlening inhoudt, wordt gewoonlijk verleend: persoonlijke vrijwaring en derden vrijwaring.

68. Voorbeeld clause: « Na verloop van een proefperiode, waarvan de duur is bepaald in het contract, en die aanvangt bij de levering van de software, wordt de afwezigheid van schriftelijke opmerkingen van de klant, vergezeld van bewijzen van het niet conform zijn van de package met de bepalingen van het contract, door de partijen beschouwd als de erkenning bij verstek van de package.

69. Voorbeeld clause: « De leverancier stelt de dokumentatie en de handboeken die nodig zijn om de package bevredigend te doen werken ter beschikking van de klant. De gebruikshandboeken en de dokumentatie worden geleverd in de taal van de klant, tenzij anders was overeengekomen.

De leverancier moet, indien nodig, de gebruiksaanwijzingen en de dokumentatie bijwerken en vervangen gedurende een periode van ... te beginnen bij de datum van ontvangst. »

CECUA, *Clauses contractuelles pour l'achat d'un système informatique*, 1983, blz.

26.

70. Voorbeeld clause: « De klant draagt volle verantwoordelijkheid voor de plaatsing van het programma. Om de klant te helpen bij de plaatsing van het programma, zal deze een technicus in dienst nemen voor het aantal dagen dat voor dat programma voorzien is en dat aangeduid staat in bijlage A. »

De vrijwaring voor gebreken aan de zaak moet hier nog aan toegevoegd worden.

a. Persoonlijke vrijwaring

41. Mag de leverancier tijdens de huur de package wijzigen?

Volgens de contractuele schikkingen behoudt de leverancier zich in de meeste gevallen om het recht voor de package te wijzigen.

De klant heeft er meestal voordeel bij om de wijzigingen die verbeteringen of nieuwe versies aangepast aan nieuwe verplichtingen (vb. wettelijke) zijn, te aanvaarden. Bovendien zijn deze wijzigingen dikwijls kosteloos (cf. *infra*, « het onderhoudscontract »).

Aldus kan de wijziging van de package, zelfs als ze verplicht is, voor de leverancier niet beschouwd worden als een inbreuk op de persoonlijke vrijwaring.

42. Het is nuttig eraan te herinneren dat het doel van een package contract de verlening van een niet-exclusieve gebruiksvergunning is. Met andere woorden, het verlenen van een gebruiksvergunning van dezelfde package aan een andere gebruiker kan evenmin geïnterpreteerd worden als een inbreuk op de persoonlijke vrijwaring.

b. Derden vrijwaring

43. De leverancier zal de uitwinning van de klant ten gevolge van eisen van derden die betrekking hebben op de intellectuele eigendom van de package moeten vrijwaren.

De gebruiker schrijft in op een ware verzekering van rechtsverdediging.⁷¹

Als men met geen enkele maatregel er in slaagt de gebruiker toe te laten de uitbating van de package verder te zetten, heeft de gebruiker het recht om het contract op te zeggen.

c. Vrijwaring voor gebreken aan de zaak

44. De verborgen gebreken van packages zijn programmatie- of ontwerpfouten die naar voren komen tijdens het gebruik, terwijl de tests en de proeven overtuigend waren.

De leverancier is verplicht, omwille van de vrijwaring voor verborgen gebreken, deze fouten te verbeteren.

71. Voorbeeld clause: « De leverancier zal de verdediging van de klant bekostigen in elke vordering die tegen hem wordt ingesteld, wanneer deze vordering tot doel heeft te bewijzen dat de programma's onder licentie, gebruikt in het kader van deze licentie, een vervalsing zijn van een copyright of van een octrooi. De leverancier zal de onkosten, de schadevergoeding en de gerechtskosten betalen die tegen de klant zouden ingebracht kunnen worden in het kader van deze vordering, enz. »

Er is gewoonlijk een clausule in het contract die de vrijwaring regelt door deze in de tijd te beperken en door te stellen dat alleen systematische en herhaalbare fouten verbeterd zullen worden.⁷²

45. Vertrekkend van deze vrijwaring komt men gewoonlijk tot het eigenlijke onderhoud, dat het onderwerp is van onderscheiden bepalingen of contracten en waarvoor de gebruiker een bijdrage moet betalen (cf. *infra*).

d. De onderhoudsplicht

46. De grens tussen de vrijwaring voor gebreken en de onderhoudsplicht is onduidelijk.

Beiden zullen in het package contract het voorwerp van aanpassing zijn en zullen in een en dezelfde clausule worden opgenomen waarin de leverancier de verbetering van de fouten van het programma belooft.

De onderhoudsplicht wordt dikwijls verward met de verplichting tot onderhoud van de package.⁷³

§ 2. Verplichtingen van de afnemer

47. De afnemer heeft eveneens drie verplichtingen :

- verplichting tot betaling van de prijs (bijdrage) van de package ;
- verplichting om van de zaak te genieten als goed familievader en volgens de bestemming van de gehuurde zaak ;
- verplichting om de package terug te bezorgen.

A. VERPLICHTING OM DE PRIJS TE BETALEN

48. De bijdrage die voor een package moet betaald worden is meestal een periodieke (maandelijke, driemaandelijke of jaarlijkse) bijdrage, maar soms ook een éénmalige bijdrage.

De betaling van een eenmalige bijdrage bespaart de leverancier het nazicht van de stiptheid van de maandelijke, driemaandelijke of jaarlijkse betalingen. Bovendien vermijdt men door een eenmalige bijdrage te heffen de regelmatige aanpassing die onderworpen blijft aan economische reglementeringen van een periodieke bijdrage.⁷⁴

72. Voorbeeld clausule : « De leverancier garandeert voor de periode van één jaar, de verbetering van de systematische en herhaalbare fouten ten gevolge van een tekort van de package alsook de conformiteit van de package met de gebruiksaanwijzing. »

73. « Na afloop van de garantieperiode : de gebruiker zal de mogelijkheid hebben om een onderhoudscontract te sluiten. De leverancier zal voor dit onderhoud instaan. »

74. Sommige contracten behandelen de verlening van een voortdurende gebruikslicentie met eenmalige bijdrage : « Het produkt wordt ter beschikking van de voortdurende licentie met eenmalige bijdrage gesteld. De duur van het contract is 99 jaar. » In dat geval is dit een koopcontract (cf. *supra* nr. 35).

B. VERPLICHTING OM VAN DE ZAAK TE GENIETEN ALS GOED FAMILIEVADER EN VOLGENS DE BESTEMMING VAN DE GEHUURDE ZAAK

49. In verband met deze verplichting bestaan er een aantal bepalingen die de gebruiker o.a. het volgende voorschrijven :

- a. « *De package alleen gebruiken op het aangepaste materiaal en op de voorziene plaats.* » Deze clausule behoeft geen commentaar.
- b. « *De intellectuele rechten van de leverancier op de package eerbiedigen.* »

50. De bescherming van packages is een belangrijk probleem van het informaticarecht.

Er zijn verschillende juridische concepten mogelijk om packages te beschermen. Wij spreken ons hier niet uit over een of andere van deze concepten.

51. We willen alleen zeggen dat de dominerende tendens in de (franse) jurisprudentie software beschouwt als een werkstuk van de geest dat aldus beschermd wordt door de wet betreffende de auteursrechten.⁷⁵

Dit is echter een oplossing die in België de goedkeuring van de rechter niet wegdraagt.⁷⁶

Nuchter gezien, moet men het volgende noteren, wat software betreft

52. 1. Het onderwerp van het contract is de verlening van een niet overdraagbare gebruikslicentie.

Met andere woorden, de leverancier laat de gebruiker niet toe het contract over te dragen aan een derde, en laat zeker niet toe dat een deel of het geheel van de package wordt bekendgemaakt aan een rechtspersoon of aan een natuurlijke persoon.⁷⁷

2. Verwijzing naar de intellectuele rechten van de leverancier.

53. In het algemeen vraagt de leverancier aan de gebruiker om alle nodige maatregelen te nemen om de intellectuele rechten die hij over de package bezit, te beschermen.

75. Nochtans heeft een recent arrest van het Hof van Beroep van Paris van 4 juni 1984 geweigerd om software te beschouwen als beschermd door de auteursrechten omdat deze niet de vereiste oorspronkelijkheid zou bezitten. (*Expertises*, nr. 64, juli 1984 ; *Droit de l'informatique*, 1984, nr. 2, blz...

76. Zie onder andere G. Vandenberghe, bescherming van computersoftware, Kluwer, Antwerpen, 1984 ; Thunis X., Les modes de protection juridique du logiciel, *Cahier de la faculté des Sciences économiques et sociales de Namur*, mei 1983, blz. 27.

77. Voorbeeld clausule : « De klant ontzegt zich de bekendmaking of de overdracht van het geheel of van delen van de package aan gelijk wie, uitgezonderd aan zijn persoon of eenieder die onder zijn verantwoordelijkheid werkt.

Men zal dikwijls verwijzen naar het copyright van de leverancier.

3. Het « source » programma⁷⁸

54. Het source programma wordt in normale omstandigheden nooit vrijgegeven. Er stelt zich echter een probleem wanneer de leverancier failliet gaat of zijn werkzaamheden stopzet. In zo'n geval, voorzien de contracten enkel dat het source programma bij de ondertekening van het contract zal neergelegd worden bij een notaris of bij een derde bewaarder. Dit geldt ook voor de updates van dit programma.

Deze laatste zal, in geval van failliet of stopzetting van de werkzaamheden het eigendom van het source programma aan de gebruiker overdragen, ofwel zal hij, om problemen van tegenstelbaarheid aan de gemeenschappelijke schuldeisers te vermijden, de toestemming geven om het source programma vrij te geven.⁷⁹

c. Copieer- en wijzigingsrecht

55. Het contract voorziet, in de meeste gevallen, dat de gebruiker een aantal kopijen van de package mag maken, leesbaar in machinaal en enkel voor intern gebruik van het bedrijf.

56. De wijziging van de package door de gebruiker wordt in het algemeen door de leverancier aanvaard. Deze wijziging kan echter gevolgen hebben voor het onderhoud (dat duurder wordt of minder omvangrijk).

Sommige clausules tenslotte eisen de uitdrukkelijke toestemming van de leverancier.⁸⁰

C. DE VERPLICHTING OM DE PACKAGE TERUG TE GEVEN

57. Bij de afloop van het contract moet de klant de diskette(s) of magneetband(en) en de bijkomende elementen (documentatie en ondersteuning) teruggeven.

« Maar in veel gevallen zal de package, na enkele jaren, reeds alle handelswaarde verloren hebben en de leverancier zal er geen baat bij hebben de kosten op te lopen die het recupereren van de verschillende diskettes bij zijn klanten met zich meebrengt.⁸¹ »

78. Zie definitie (*infra*, nr. 64).

79. Voorbeeld clausule: « Het source programma zal niet ter beschikking van de klant gegeven worden. De leverancier verbindt zich ertoe het source programma neer te leggen bij notaris ..., wiens studie gelegen is ... »

In geval van stopzetting van handelswerkzaamheden van de leverancier, is het de klant uitdrukkelijk toegestaan dit source programma in bezit te nemen bij notaris...

80. Voorbeeld clausule: « Als de klant of een derde het programma wijzigt zonder de uitdrukkelijke toestemming van X, in zoverre dat deze wijziging de normale werking van de package van X belemmert, is X volledig vrij van alle verantwoordelijkheid en zal aan de klant de werken die hij op zijn aanvraag moet uitvoeren factureren. »

81. Ph. Peters, *op. cit.*, blz. 5.

Daarom zal de verplichting tot teruggave dikwijls de vorm aannemen van een verplichting tot vernietiging van de package, de kopies en de documentatie.

Hoofdstuk V

HET CONTRACT VOOR SOFTWARE OP MAAT

Sectie I

Definitie en juridische aard

§ 1. Principes

58. Het koopcontract voor software op maat kan geanalyseerd worden als een overeenkomst « waarbij een persoon, de leverancier, zich verbindt tot de verwezenlijking van software die overeenstemt met de noden van een andere persoon, de gebruiker ».⁸²

59. Het eigenlijke doel van het contract is de « bouw » van software en kan dus vergeleken worden met de koop van een gebouw op plan: bij de ondertekening van het contract is de zaak in ontwerp aanwezig.⁸³

Daarom wordt het contract voor software op maat, op een paar originele pogingen na,⁸⁴ beschouwd als een contract met overdracht van know-how, of met andere woorden, een aannemingscontract.⁸⁵

§ 2. Vergelijking met het package contract⁸⁶

60. Package (cf. *supra* nr. 31) is prefab software en heeft een lage kostprijs omdat hij verspreid wordt over een groot aantal gebruikers. De kost is zeker in die mate dat deze duidelijk in het contract vermeld staat. De leveringstermijn is gewoonlijk kort want de package bestaat reeds voor het contract en er zijn geen « intrinsieke » redenen voor vertraagde levering. De kwaliteit is controleerbaar vóór de aankoop en de onderhoudskost is beperkt.

61. Software op maat daarentegen heeft een hoge kostprijs omdat deze door één enkele gebruiker gedragen wordt. De kost is onzeker. De leveringstermijn is lang en wordt slechts ten titel van aanwijzing vermeld. De kwaliteit kan slechts op het einde van het contract gecontroleerd worden. De kostprijs van het onderhoud is onzeker en hoog.

82. Y. Poulet en Ph. Ullmann, obs. bij Handelsrechtbank Charleroi, 18 december 1981, *J.T.* 1983, blz. 235 en volg.

83. P. Schoemakers, *Introduction aux contrats d'élaboration de logiciel sur mesure*, séminaire Féduci, november 1983, blz. 1.

84. Handelsrechtbank Charleroi, 18 december 1981, *J.T.* 1983, blz. 235 en volg. die het heeft over « verkoop van diensten ».

85. P. en Y. Poulet, « Les contrats informatiques: 10 ans de jurisprudence belge et française », *J.T.* 1982, blz.

86. I. Hoorens, *Les contrats de réalisation de logiciel sur mesure*, Séminaire C.R.I.D., Namur, september 1984, blz. 16.

§ 3. Principe van samenwerking tussen de partijen

62. De noodzaak van een perfecte samenwerking tussen de partijen is zeer belangrijk voor software op maat. De overeenstemming van de noden van de koper met het — geleidelijk groeiend — voorstel van de leverancier staat op het spel.

Deze samenwerking moet zowel vóór (zie supra, de voorbereidende overeenkomst) als na de ondertekening van het contract aanwezig zijn. Daarom zal het contract een aantal bepalingen moeten bevatten die de uitoefening ervan vrijwaren (cf. *infra*).⁸⁷

« De dialoog tussen de partijen moet op dit terrein op gang komen, meer dan op gelijk welk ander vlak ... en de verantwoordelijkheid van het falen zal gedragen worden door de gesprekspartner die aan deze eis niet tegemoet gekomen zal zijn.⁸⁸ »

Sectie II

Eigenschappen: voornaamste clausules

63. Aangezien een contract van software op maat een aannemingscontract is zullen de clausules van het contract die bemerkingen moeten bevatten die gewoonlijk op de bouwheer en op de bouwmeester.

De bouwmeester heeft de plicht om het gevraagde werk, in dit geval software op maat, degelijk uit te voeren, de software binnen de vastgestelde termijn te voltooien en zich van de goede werking van de software te vergewissen.

De bouwheer moet het werk van de leverancier van software vergemakkelijken, de levering van de software verzekeren en de overeengekomen prijs betalen.

§ 1. Verplichtingen van de bouwmeester

A. DE VERPLICHTING OM HET BELOOFDE WERK, IN DIT GEVAL SOFTWARE OP MAAT, DEGELIJK UIT TE VOEREN

a. Inhoud van het contract

64. De maker van de software onderneemt ten minste drie stappen:

1. Op basis van de noden van de gebruiker (gekend uit het bestek), bepaalt hij de functies die de software zal moeten kunnen uitvoeren: dit is de functionele analyse.

87. Zie Les obligations du maître de l'ouvrage, *L'obligation de faciliter le travail du fournisseur*.

88. Huet, J., La modification du droit sous l'influence de l'informatique, *J.C.P.* 1983, I, 3095, nr. 29.

2. Vervolgens bepaalt hij de informatica methodes die het vooropgestelde doel moeten mogelijk maken: dit is de organieke analyse.
3. Tenslotte schrijft hij de programma's, « dit wil zeggen opeenvolgingen van bevelen in taal van hoog niveau, om aldus tot het source programma te komen. Dit programma zal door een compiler in menselijke taal vertaald worden en zal het object programma worden dat door een machine gelezen zal worden ».⁸⁹

65. Dit zijn de basisverplichtingen van de leverancier. Het contract bevat ook clausules in verband met de eigenschappen van software. De eigenschap die het meest vernoemd wordt is de overdraagbaarheid (zie *supra* nr. 9).⁹⁰

b. De samenwerking tussen de partijen

66. De samenwerking tussen de partijen, waarvan we het belang reeds onderstreepten (zie *supra* nr. 62) zal een hoogtepunt bereiken wanneer de gebruiker de functionele verbeteringen van de software mag wijzigen, met de goedkeuring van de leverancier en zonder de kalender van de prestaties noch de prijs te wijzigen.⁹¹

c. De complementaire of bijkomende verplichtingen

Bij de verplichtingen die rechtstreeks te maken hebben met de inhoud van het contract kan men er andere bijvoegen die men aanvullend of bijkomend noemt. Naast de levering van documentatie en de vorming van personeel, horen hier de volgende verplichtingen toe:

1. Vorderingsrapport

67. De leverancier van software op maat verbindt zich ertoe elke week of elke maand een verslag te schrijven van de vorderingen van het project om de gebruiker aldus op de hoogte te stellen van:

- de etappe die bereikt werd in de ontwikkelingscyclus en de punten die nog verwezenlijkt moeten worden;
- de moeilijkheden waarop men in de huidige fase gestuit is;
- de acties die ondernomen werden om deze moeilijkheden op te lossen.

89. J.C. Dubarry, Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrat de logiciel dans la jurisprudence française, *Revue Droit et Informatique*, nr. 3, december 1984, blz. 2.

90. Voorbeeld clausule: « Er is uitdrukkelijk overeengekomen tussen de partijen dat de toepassingssoftware die ontwikkeld zal worden alleen overdraagbaar zal zijn op volgende elementen. De lijst van deze elementen is beperkt. » (Hoorens, I., *op. cit.*, blz. 135.)

91. De rechtspraak stelt dat de leverancier de prijs of de kalender van de prestaties niet mag wijzigen als hij de gebruiker niet verwittigt op het moment dat deze laatste de wil uitdrukt om de functionele eigenschappen te wijzigen. Dit heeft inderdaad te maken met zijn plicht tot raadgeving (Paris, 5de kamer, 2 november 1981, *Expertises*, nrs. 36 en 37, blz. 13).

Deze vorderingsrapporten kunnen dienst doen als werkdocument voor de bijeenkomsten die de partijen gepland hadden.⁹²

2. Kwaliteit van de bekrachtiging van de programma's

68. « Onder kwaliteit van de bekrachtiging van de programma's verstaan we de bekrachtiging van elke stap van verwezenlijking van het contract door de leverancier.⁹³

Hij zal de functionele analyse valideren ten opzichte van de noden van de gebruiker, de organieke analyse ten opzichte van de functionele analyse en de programmas ten opzichte van de organieke analyse.

Om dit te bereiken zal hij werkmiddelen moeten bepalen, zoals bijvoorbeeld testen.

Elke controle kan, bijvoorbeeld, gevolgd worden door een gedeeltelijke betaling door de gebruiker (cf. *infra*, nr. 82).

d. Rechten toegekend op de software

69. Draagt de leverancier de intellectuele eigendom van de software die hij verwezenlijkt heeft over? Met andere woorden draagt hij alleen het objet programma over, of het source programma eveneens?

De bepalingen van het contract zijn talrijk en verscheiden.

Er kunnen zich verschillende situaties voordoen⁹⁴:

1. Het contract bevat geen enkele bepaling hieromtrent

70. In dit geval meent men dat de gebruiker, die het geheel van de verwezenlijking van de software heeft bekostigd en die de gegevens voor de verwezenlijking heeft aangebracht, eigenaar wordt van de software en bijgevolg ook recht heeft op het source programma.

2. Bewaring van de know-how door de leverancier

71. Sommige contracten bepalen in een clause die erg evenwichtig blijkt, dat de klant toegang zal krijgen tot het source programma na betaling van de overeengekomen prijs voor het geheel van de bestelling, maar dat de leverancier zich het eigendom van de know-how die aangebracht werd bij de verwezenlijking van het contract voorbehoudt.⁹⁵

92. In verband met de verplichtingen van de partijen die betrekking hebben op het samenwerkingsprincipe van de partijen, zie *infra* nrs. 73 en volg.

93. I. Hoorens, *op. cit.*, blz. 110.

94. B. Hanotiau, La propriété du logiciel sur mesure : les droits respectifs du fournisseur et de l'utilisateur sur l'objet et les sources, *Revue Droit et Informatique*, nr. 1, juni 1984, blz. 45 en 46.

95. Voorbeeld clause: « Onder voorbehoud van artikel 12-2 zullen de systemen, programmas, modellen, schema's, enz. en de toepassingsprogrammas speciaal door de klant ontworpen het eigendom van de klant worden na betaling van de volledige prijs die overeengekomen was voor het geheel van de bestelling. Dit neemt niet weg dat SST eigenaar blijft van de know-how aangebracht bij de verwezenlijking van het contract, en van de ideeën en uitvindingen zodat deze in andere projecten toegepast kunnen worden. »

Op die manier behoudt hij zich het recht voor om eenzelfde software bij een andere klant te ontwikkelen.

3. Overdracht van het eenvoudig gebruiksrecht

72. Alhoewel de gebruiker het geheel van de ontwikkeling van de software op maat heeft bekostigd, kan het gebeuren dat hij slechts een eenvoudig gebruiksrecht van de software overgedragen krijgt, al dan niet beperkt in de tijd.

4. Verhandelingsakkoord

In dit geval is de eigendom van de source programma's overgedragen aan de gebruiker en het contract bepaalt in welke mate de leverancier het source-programma mag overleveren aan derden, met verdeling van winst bijvoorbeeld.⁹⁶

B. DE VERPLICHTING TOT VERWEZENLIJING BINNEN DE OVEREENGEKOMEN OF NUTTIGE TERMIJN: DE KALENDER VAN DE PRESTATIES

73. De kalender van de prestaties van de leverancier moet zo nauwgezet mogelijk woden opgesteld. De termijnen die erin zijn opgegeven moeten angstvallig gerespecteerd worden: dit is een resultaat verbintenis.

Maar in tegenstelling tot de leverancier van package (cf. *supra*) kan de software leverancier deze verplichting minder gemakkelijk verwezenlijken, gezien de aard en de moeilijkheidsgraad van het contract. Een enquête in de VS heeft aangetoond dat het overschrijden van de kalender die oorspronkelijk voorzien was, zeer frekwent is.⁹⁷

Daarom zal men dikwijls clauses met termijnen ten titel van aanwijzing vinden. Men moet dan verwijzen naar het criterium van « normale » termijn, dat soeverein door de rechter wordt bepaald.⁹⁸

Het kan ook gebeuren dat de klant tijdens het contract nieuwe eisen stelt die de duur ervan verlengen: de partijen zullen dan nieuwe termijnen moeten bepalen (zie nochtans *supra* nr. 66).

C. WAARBORG VOOR DE GOEDE WERKING VAN DE SOFTWARE

74. De vraag of het contract de vrijwaring voor verborgen gebreken bevat wordt dikwijls ten berde gebracht. Soms is het antwoord bevestigend.⁹⁹

96. Wij willen de aandacht vestigen op het feit dat sommige contracten de partijen als medehouders van de rechten over de software beschouwen. Hierdoor wordt de refer aan de term « eigendom » tenietgedaan, wat juridisch gesproken juist is.

97. Report for the congress — Contracting for Computer Software Development — Serious Problems require Management Attention to avoid wasting additional Millions, geciteerd door I. Hoorens, *op. cit.*, blz. 87.

98. X. Thunis, Livraison et installation d'un système informatique, Précis « Le droit des contrats informatiques », *op. cit.*, blz. 244.

99. Contra zie P. en Y. Poulet, *op. cit.*, blz. 22.

De contracten bepalen dat de leverancier gedurende een vastgestelde periode na definitieve oplevering de fouten die de software nog bevat zal verbeteren.

Er moet aan verschillende voorwaarden voldaan zijn eer de leverancier ingrijpt :

- de fout moet herhaalbaar zijn ,
- ze moet zo snel mogelijk aan de leverancier bekendgemaakt worden ,
- de gebruiker mag geen gebruiksfout gemaakt hebben.

De leverancier moet zich ertoe verbinden binnen een vastgestelde termijn in te grijpen.

Het contract moet bepalen dat de waarborgtermijn wordt opgeheven tijdens zijn ingreep.

§ 2. Verplichtingen van de bouwheer

A. VERPLICHTING OM HET WERK VAN DE LEVERANCIER TE VERGEMAKKELIJKEN

a. Samenwerkingsplicht van partijen

De gebruiker moet zo nauw mogelijk samenwerken met de leverancier. Om dit doel te bereiken kan men de volgende bepalingen, ten laste van beide partijen, opnemen :

1. Aanduiding van verantwoordelijken

75. De gebruiker en de leverancier moeten tussen hun personeel een of verscheidene personen aanduiden die verantwoordelijk zijn voor het volgen van de verwezenlijking van het contract van het begin tot het einde.

Deze personen moeten in staat zijn bepaalde besluiten te nemen en moeten bevoorrechte gesprekspartners blijven.

De voordelen die deze aanduiding met zich meebrengt voor de leverancier zijn¹⁰⁰ :

- een bekwame gesprekspartner te hebben ;
 - snel een oplossing te vinden voor tegenstrijdigheden tussen verschillende departementen of gebruikers ;
 - het besluitvormingsproces te vergemakkelijken.
- en voor de gebruiker :
- een « beter zicht op de vordering » van het project te hebben ;
 - een grotere zorg voor de verwezenlijking aan de dag te leggen ;
 - de kans te vergroten dat het systeem wel degelijk het systeem is dat de firma nodig heeft en niet het systeem dat door de leverancier wordt opgedrongen.

100. J. Hoorens, *op. cit.*, blz. 84.

2. Ontmoetingskalender

76. Het is uiterst nuttig om een ontmoetingskalender vast te leggen waarbij de personen die hierboven aangeduid zijn de vorderingsrapporten die door de leverancier worden opgemaakt zullen kunnen bespreken (zie *supra* nr. 67).

3. Het bijhouden van een prestatieboek

77. Het bijhouden van een prestatieboek kan erg belangrijk zijn, zelfs vóór de aanvang van het onderhoud, om het aantal en de aard van de tussenkomst van de leverancier te bepalen en om de goedkeuring van de vorderingsrapporten door de klant te bevestigen.

De twee onderstaande verplichtingen betreffen alleen de gebruiker.

b. De informatieplicht

78. De gebruiker moet aan de leverancier alle gegevens verschaffen die nodig zijn voor de opstelling van de verschillende documenten die de verwezenlijking van het contract voorbereiden. Dit zijn onder andere de functionele en de organieke analyse (zie *supra* nr. 64).

De leverancier van zijn kant, moet de nodige geheimhouding van de gegevens die de gebruiker verschaft verzekeren.

De gebruiker moet bovendien de leverancier gedurende de proef of garantieperiode zo snel mogelijk op de hoogte brengen van al de fouten die hij in het programma heeft ontdekt.

c. Plicht om computermateriaal ter beschikking te stellen

79. Tenzij de software leverancier ook leverancier van computer-materiaal is, zal de gebruiker hem toegang moeten verlenen tot zijn computermateriaal en hem tevens vrij toegang tot de lokalen verschaffen.

De gebruiker zal eventueel moeten overgaan tot de aanschaffing van nieuw materiaal of nieuwe onderdelen die de werking van de software moeten mogelijk maken

B. VERPLICHTING OM DE OPLEVERING VAN DE SOFTWARE TE VERZEKEREN

Men onderscheidt gewoonlijk twee stappen in de oplevering van de software : een voorlopige en een definitieve oplevering.

a. De voorlopige oplevering

80. Door toedoen van proeven en gesimuleerde gegevens, zal de gebruiker kunnen vaststellen of de software overeenstemt met de technische en functionele bepalingen van het bestek.

Deze voorlopige oplevering kan verscheidene gevolgen hebben, maar gewoonlijk is het enige resultaat ervan dat de termijn die zal leiden tot de definitieve oplevering van start gaat.

b. De definitieve oplevering

81. De definitieve oplevering zal gebeuren na de termijn die bij overeenkomst is vastgelegd en die bij de voorlopige oplevering van start gaat.

Na de voorlopige oplevering, zal de gebruiker de software op maat onder zijn verantwoordelijkheid laten draaien met echte gegevens.

De definitieve oplevering zal gelden als aanvaarding van de software, dit wil zeggen dat hierdoor de zichtbare gebreken zijn gedekt.

De verborgen gebreken,¹⁰¹ dit zijn de gebreken die later nog in de software zullen ontdekt worden, moeten hersteld worden daar er op de leverancier een vrijwaringsplicht rust die dikwijls onder de vorm van een clause in het contract is opgenomen (cf. *supra*).

De procedure van definitieve oplevering neemt dikwijls de vorm aan van een proces-verbaal dat door de partijen moet ondertekend worden.

C. VERPLICHTING OM DE OVEREENGEKOMEN PRIJS TE BETALEN

82. De prijs zal voor de gebruiker betaalbaar zijn in schijven, en liefst in zoveel schijven als er stappen zijn die genomen moeten worden.

De betaling na het voltooien van een etappe houdt dikwijls in dat de bekrachtiging deze etappe door de klant werd vastgesteld (cf. *supra*).¹⁰²

Er zijn minstens drie etappen:

- de ondertekening van het contract,
- de voorlopige oplevering,
- de definitieve oplevering.

Hoofdstuk VI

HET ONDERHOUDSCONTRACT

Sectie I

Definitie en juridische inhoud

83. Op de eerste plaats willen wij het belang van dit contract onderstrepen. Het onderhoud beslaat in het algemeen 80 % van de kostprijs van de software.¹⁰³

101. In de mate dat dit onderscheid in de aannemingscontracten wordt aanvaard.

102. De gebruiker heeft op die manier de mogelijkheid om niet te betalen indien een stap niet correct werd uitgevoerd. Zie J. Hoorens, *op. cit.*, blz. 114 (zie *supra*). Vergelijk met het modulariteitsprincipe van het counselling contract, *supra* nr.

103. P. Poulet, Problèmes posés par le suivi du logiciel, *La maintenance*, Séminaire Feduci, november 1983.

Het onderhoudscontract voor software is « een contract waarvoor een persoon (de prestatieplichtige, meestal de leverancier van het programma) zich verbindt om aan een andere persoon (de klant, gebruiker van het programma) een geheel van diensten aan te bieden die tot doel hebben de software bij te werken (aanpassing - onderhoud) en de fouten te verbeteren om de software in werking te houden (verbetering - onderhoud) ».¹⁰⁴

84. Dit geheel van diensten bevat onder andere:

- een tussenkomst in geval van fouten (bugs) in de software;
- de raadpleging (per telefoon of per telex) van de leverancier naar de klant voor wat het gebruik van het produkt betreft;
- de verenigbaarheid van de software met vernieuwde versies van de basissoftware;
- de aanbreng van gewenste verbeteringen en aanpassingen, op aanvraag van de klant;
- de levering van nieuwe versies.¹⁰⁵

85. Als men de inhoud van het onderhoudscontract op deze wijze beschrijft, kan men zonder vrees spreken van een aannemingscontract.

Sommige auteurs zien het als een contract *intuitu personae* omwille van de vertrouwensrelatie die aanwezig moet zijn tussen de gebruiker en de prestatieplichtige.¹⁰⁶

Bijgevolg zal de gebruiker, indien de prestatieplichtige het contract wil overdragen aan een andere prestatieplichtige, er voordeel bij hebben om, alvorens zich akkoord te verklaren met de overdracht, de medeverantwoordelijkheid van de prestatieplichtigen te bepalen.

Onze benadering van het contract zal geen onderscheid maken tussen een contract bestemd voor een package of voor een software op maat.¹⁰⁷

Sectie II

Eigenschappen: voornaamste clausules

86. Aangezien het onderhoudscontract een aannemingscontract is, zal men moeten verwijzen naar de gewone verplichtingen van bouw-

104. X. Thunis, les clauses particulières au contrat de maintenance du logiciel, in *Le droit des contrats informatiques*, *op. cit.*, blz. 400.

105. P. Poulet, Problèmes posés par le suivi du logiciel, *La maintenance*, Séminaire Feduci, november 1983, blz. 22.

106. E. de Lophem en O. Cruysmans, Le contrat de maintenance, in *Droit des contrats informatiques*, *op. cit.*, blz. 389.

107. Men bedoelt hier slechts het « curatieve » onderhoud (onderhoud uitgevoerd op aanvraag van de leverancier). Het preventief onderhoud (regelmatig onderhoud ten einde incidenten te voorkomen) wordt slechts zelden opgenomen in een afzonderlijk contract.

meester en bouwheer, zoals reeds gebeurd is voor het contract tot verwezenlijking van software op maat, om de onderscheiden verplichtingen van schuldeisers en prestatieplichtigen te bepalen in verband met de hierboven vernoemde diensten.

§ 1. *Verplichting van de bouwmeester (de dienstverlener)*

A. DE VERPLICHTING OM HET BELOOFDE WERK DEGELIJK UIT TE VOEREN

Het beloofde werk bestaat ofwel in de verbetering van de fouten van de software (verbeteringsonderhoud) ofwel in het bijwerken, en zelf de verbetering van de software (aanpassingsonderhoud).

In veel gevallen zullen de nieuwe versies die in uitvoering van het onderhoudscontract, geleverd worden, zowel de verbetering als de aanpassingen van software omvatten.

a. Verbetering van fouten

87. «Het verbeterings-onderhoud omvat alle verrichtingen die nodig zijn om fouten of tekortkomingen ten opzichte van de vereiste functionele en technische eigenschappen van software weg te werken.¹⁰⁸»

Een fout wordt dus omschreven als een werking van de software die niet overeenstemt met de technische en functionele bepalingen zoals die in het contract zijn opgenomen.

De prestatieplichtige van de onderhoudsdienst grijpt slechts in als aan bepaalde voorwaarden die voortvloeien uit het standaard-contract is voldaan:

- als de klant de fout zo snel mogelijk heeft bekendgemaakt,
- als hij in staat is de fout te herhalen,
- als hij de software niet eenzijdig gewijzigd heeft,
- als hij de gebruiksvoorschriften in acht heeft genomen.

88. Het is belangrijk te weten of de onderhoudsplicht een resultaat- of middelverbintenis is.

Uit de contracten blijken verschillende mogelijkheden, maar de praktijk neigt het meest naar de middelverbintenis.¹⁰⁹

b. Aanpassing van software

89. «Het aanpassingsonderhoud omvat alle wijzigingen, aanpassingen en bijstellingen die nodig zijn opdat de software op elke

108. P. Poulet, *op. cit.*, blz. 23.

109. Voorbeeld clause: «De leverancier zal pogen de problemen ter plaatse op te lossen, een antwoord te geven door verbeteringsinlichtingen, omzeilingswerkwijzen of voorlopige oplossingen voor te stellen...»

moment van de duur van het contract zou voldoen aan de voorschriften van kracht, die betrekking hebben op de activiteiten van de gebruiker.¹¹⁰»

Kan de prestatieplichtige, die dikwijls ook de leverancier van software is, zomaar de nieuwe versie opdringen?

De contracten bepalen dikwijls dat het verbeteringsonderhoud na een zekere tijd (vb. : een maand) slechts van toepassing is op de nieuwe versie van de software.

De gebruiker die dan de vorige versie van de software zou houden, doet dat dan op eigen risico.¹¹¹

B. VERPLICHTING OM HET WERK TE VERWEZENLIJKEN BINNEN DE OVEREENGEKOMEN EN NUTTIGE TIJD

a. Verbeteringsonderhoud

90. Deze verplichting is erg belangrijk in het onderhoudscontract: de gevolgen van een lange periode van non-activiteit van een computersysteem kunnen financieel zeer zwaar zijn voor een bedrijf.

Het contract bevat altijd een clause waarin de prestatieplichtige zich ertoe verbindt van binnen een vastgestelde tijd in te grijpen (binnen de 4 uur, 8 uur, ...) en die tevens de dagen en uren bevat wanneer men op zijn diensten beroep kan doen.¹¹²

Wat voorafgaat, is een doorslaggevend criterium in de keuze van de onderhoudsprestatieplichtige.

In het beste geval, belooft de leverancier verdragingsvergoedingen te betalen aan de gebruiker.

b. Aanpassingsonderhoud

91. De termijnen van tussenkomst voor wat aanpassing-onderhoud betreft zijn natuurlijk veel langer (2 maanden is een gewone termijn).¹¹³

Men kan dit begrijpen in de mate dat het volstaat zich aan nieuwe externe normen aan te passen, die normaal gezien een aanpassingstermijn voorzien hebben (vb. K.B. in verband met boekhoudingsreglementering).

110. P. Poulet, *op. cit.*, blz. 26.

111. «Zodra een nieuwe versie definitief is aanvaard, zullen de onderhoudsverplichtingen van de leverancier slechts op deze nieuwe versie betrekking hebben.»

112. «De leverancier verzorgt, in het kader van het verbetering-onderhoud, een hulpdienst op weekdagen van 8 tot 19 uur, zaterdag van 8 tot 15 uur.»

113. Voorbeeld clause: «De leverancier verbindt zich ertoe de wijzigingen, aanpassingen en bijstellingen uit te voeren in een periode van 2 maanden nadat de klant hem op de hoogte heeft gebracht van de wijziging in de reglementen en van de gevolgen die deze wijziging meebrengt.»

C. GARANTIE VAN EEN GOEDE DIENSTVERLENING

92. Het referentiecriterium is de « goede familievader », die handelt volgens « de regels van de kunst ». Met andere woorden, als de gebruiker de tussenkomst van de prestatieplichtige in het geding wil betrekken, zal hij moeten bewijzen dat de prestatieplichtige van de onderhoudsdienst niet alle middelen die in zijn bereik waren heeft gebruikt om de fout op te sporen en te verbeteren.

Om dit te bereiken kan men best een register van onregelmatigheden bijhouden (logboek)¹¹⁴ waarin alle tussenkomsten van de prestatieplichtige zijn opgenomen samen met hun aard en hun resultaten.

§ 2. De verplichtingen van de gebruiker

A. DE VERPLICHTING OM HET WERK VAN DE ONTWERPER TE VERGEMAKKELIJKEN

93. Het onderhoudscontract moet bepalingen bevatten betreffende de modaliteit van de tussenkomst van de prestatieplichtige van de dienstverlening, die verband houden met :

- de toegang tot de lokalen,
- het verlenen van materiaal, documentatie en inlichtingen.

Het is bovendien belangrijk, net zoals bij het contract van verwezenlijking van software op maat, dat de klant een verantwoordelijke onder zijn personeelsleden zou aanduiden, die de bevoorrechte gesprekspartner zal blijven van de prestatieplichtige van de onderhoudsdienst.

B. DE VERPLICHTING OM BIJDAGEN TE BETALEN

94. Alle mogelijkheden staan open om aan deze verplichting tegemoet te komen : periodieke bijdragen, bijdragen op uurbasis of een gemengde oplossing.

Gewoonlijk zal men een forfaitaire oplossing aanraden aan een klant die een nieuwe en weinig beproefde software bezit. Voor een klant met beproefde software, die met andere woorden minder fouten bevat, is een bijdrage op uurbasis te verkiezen.

De gemengde oplossing voorziet een forfaitaire vergoeding die overeenkomt met een zeker aantal gebruiksuren, en een regeling op uurbasis voor alle uren daarna.

C. DE VERPLICHTING OM DE ONTVANGST VAN HET WERK TE VERZEKEREN

95. De ontvangst van het werk zal meestal stilzwijgend gebeuren, door de gebruiker de verbeterde software in gebruik neemt.

114. Voorbeeld clausule : « Bij de gebruiker zal een register van onregelmatigheden gehouden worden, door beide partijen geparafeerd, waarin het aantal, de aard en de inhoud van de tussenkomsten van de leverancier zijn opgenomen. »

Als de gebruiker het werk van de prestatieplichtige aanvecht, zal hij zich moeten beroepen op het criterium dat hierboven vernoemd werd, namelijk dat van de goede familievader die handelt volgens de regels van de kunst, en eventueel de verbreking van het contract bekomen.

De nieuwe versie van de software zal gepaard gaan met een ontvangst volgens de vorm.

Deze ontvangst kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren.¹¹⁵

Zolang deze nieuwe versie niet aangenomen is, maakt de klant gebruik van de oude versie.¹¹⁶

BESLUIT

96. De lezer die ons tot hier heeft gevolgd, is misschien afgeschrikt door de moeilijkheid om een computerisering tot een goed einde te brengen. Het moet gezegd worden, « software » is een term die door juristen verkeerd begrepen wordt. In tegenstelling tot klassieke goederen is het niet een materiële werkstuk van de geest ; de ware doelmatigheid of de inhoud ervan kunnen *a priori* moeilijk omschreven worden ; tenslotte, en dit is het belangrijkste, moet de software een getrouwe weerspiegeling bieden van de noden en de omgeving van het bedrijf.

En nochtans, zijn wij er van overtuigd dat ten eerste « de technische complexiteit van de computerisering de jurist niet uitsluit, maar integendeel, zijn aandeel vergroot » ; ten tweede dat de jurist die oplossingen moet geven op de vragen van de bedrijven opdat ze deze complexe materie zouden beheersen, nergens anders moet zoeken dan in de klassieke concepten van het burgerlijk recht.

97. Het is duidelijk dat zowel de leverancier als de gebruiker er goed aan doen zich de taken te herinneren die hen beiden tijdens de voorbereiding ten laste zijn gelegd. Als zij de structuur van de vele contracten duidelijk vastleggen, zal elke leverancier precies de grenzen van zijn verantwoordelijkheid kennen en zal de gebruiker de wolfijzers van de unbundling kunnen vermijden.

115. Voorbeeld clausule : « Om aan de leverancier alle afwijkingen ten opzichte van de oorspronkelijke bepalingen bekend te maken, beschikt de klant over een periode die overeenkomt met de periode van ontvangst zoals die in de clausule is vastgelegd, na de plaatsing van de nieuwe versie. Bij gebrek aan een dergelijke bekendmaking of na verbetering van de tekortkomingen wordt de nieuwe versie beschouwd als definitief aanvaard. »

116. Voorbeeld clausule : « Zolang de nieuwe versie niet aanvaard is, mag de klant de plaatsing van de vorige versie aanvragen, als hij kan bewijzen dat de tekortkomingen van de nieuwe versie van die aard zijn dat ze de goede werking van zijn computersysteem belemmeren. »

Bij het opstellen van het contract, zullen beiden letten op de verschillende onderwerpen die gereguleerd moeten worden,¹¹⁷ opdat geen enkel vergeten zou worden. Zij moeten op de hoogte zijn van de verschillende wijzen van reglementering die mogelijk zijn, en van de waarde die elk van beiden partijen aan een dergelijke reglementering kan hechten.

Het computercontract, en meer bepaald het softwarecontract,¹¹⁸ is met andere woorden een uitdaging voor de verbeelding van de juristen.

98. Hierdoor mag de jurist echter niet perplexe staan. Want, « de complexiteit zelf van het computercontract is een unieke kans voor een revitalisatie van de klassieke concepten van het burgerlijk recht ».¹¹⁹ De oplossingen van jurisprudentie die gegeven worden als antwoord op de moeilijke vragen die gesteld worden door de houding van de partijen tijdens de voorbereiding, komen vooruit een analyse van de samenwerkingsplicht van de partijen, een plicht die te goeder trouw toegekend wordt. Dewelke voortvloeit uit het principe van goede trouw zoals dit in artikel 1134 lid 3 gesteld wordt. De computercontracten die we hier onder de loep genomen hebben, kunnen alle verbonden worden met gekende categorieën uit ons Burgerlijk Wetboek. Hun structuur moet in essentie overeenkomen met de essentie van elke van deze categorieën.¹²⁰

Ook de gewone principes van interpretatie van contracten zijn hier van toepassing. Er moet geen onderscheid gemaakt worden met de gewone contracten, voorwat betreft de analyse van de waarde van de clausules van een computercontract, of het nu om clausules van ont-

117. We hernemen hier de methodologie van I. Hoorens, op. cit., die de auteur als volgt samenvat : « een contract wordt gekenmerkt door de onderwerpen die erin gereguleerd worden. Zo'n onderwerp behandelt een aspect van de contractuele relatie, die op verschillende manieren gereguleerd kan worden. Het resultaat van een onderwerp op een bepaalde manier gereguleerd is een clause. Een clause is een tekst die de Semantiek van het dubbel aspect "te reglementeren - wijze van reglementeren" vertolkt. Voor elk onderwerp van een contract van software op maat, zal men de problematiek van het onderwerp verduidelijken, en de inzet van de verschillende methodes uitleggen (rubriek : BESCHRIJVING). Men zal eveneens wijzen op het relatieve belang van dit onderwerp in het contract (rubriek : RISICO), de mogelijke bescherming (rubriek : BESCHERMING TEGEN), en op de raakpunten met het bestudeerde onderwerp (rubriek : RAAKPUNTEN). » Wij verwijzen de lezer naar de toepassing van deze methodologie de clausules van het contract van software op maat.

118. ... vooral van de software op maat.

119. P. en Y. Poulet, *Les contrats informatiques*, J.T., 1982, blz. 26; G. Vandenberghe, art. cit., blz. 505, nr. 85.

120. « De rechters verwijzen naar de gewone onderverdelingen van het algemeen recht van de contracten maar houden hierbij rekening met het eigen karakter van de problemen en zoeken naar oplossingen van jurisprudentie voor de problemen die rijzen uit de relatie tussen gebruikers en leveranciers van computerprestaties. » (I. de Lamberterie, op. cit., nr. 196.)

heffing van verantwoordelijkheid of om strafbedingen. Deze clausules konden hier helaas niet aan bod komen.¹²¹

Wij willen dan ook besluiten met het beroep op de verbeelding van de jurist, die nodig is om een computerizeringsproject tot een goed einde te brengen, met de zekerheid dat niets voor een jurist onbekend kan blijven als hij zich de moeite getroost om het te begrijpen.

121. In dit verband, de uitstekende analyse van MM. Coipel en Hanotiau, op. cit., blz. 282 tot 336.